

**PARECER: RETIRADA DE SÓCIO POR FALTA GRAVE E CLÁUSULA DE
ARBITRAGEM**

**Legal Opinion: WITHDRAWAL MEMBER FOR SERIOUS MISCONDUCT AND
ARBITRATION CLAUSE**

Diogo Cressoni Jovetta

Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP. Mestre em Direito Civil pela UNIMEP.
Especialista em Direito Tributário pela PUC-CAMPINAS. Professor Direito Comercial na PUC-
CAMPINAS. Advogado na cidade de Campinas, SP.

Wagner José Penereiro Armani

Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UNIMEP. Professor
Direito Comercial e de Direito Processual Civil na PUC-Campinas. Advogado na sociedade Sartori
Advogados Associados.

Resumo

O presente ensaio surgiu de um parecer jurídico que fomentou frutífera discussão acadêmica entre os autores sobre a possibilidade da aplicação ou não do instituto da cláusula compromissória prevista na Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96) na hipótese de exclusão de sócio por justa causa prevista no artigo 1.030 do Código Civil. A justa causa é motivo extracontratual de exclusão e a importância do tema se apresenta ainda pelo fato que o texto do artigo 1.030 do Código Civil que, aparentemente, afasta a aplicação da possibilidade de uso da arbitragem para exclusão de sócio por justa causa, motivando inclusive a elaboração de projeto de Lei neste sentido.

Palavras-Chave: exclusão de sócio por justa causa – cláusula arbitral – aplicação de cláusula contratual a ilícitos extra contratuais – arbitragem - mediação.

Abstract

This essay grew out of a legal opinion that has become a fruitful academic discussion between the authors about the possibility of whether or not the institution of arbitration clause in the Arbitration Act (Law no. 9,307 / 96) on social exclusion hypothesis for cause provided for in Article 1030 the Civil Code. The cause is non-contractual cause for exclusion and the importance of the topic is also presented by the fact that the text of Article 1030 of the Civil Code that apparently preclude the application of the possibility of use of arbitration to social exclusion for cause, motivating even the preparation of draft law in this regard.

Key words: social exclusion for cause - arbitration clause - Application contractual clause extra libelous or otherwise illegal contract - arbitration - mediation.

Introdução

As sociedades contratuais são espécies de pessoa jurídica de direito privado não estatal constituídas por duas ou mais pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 44, II, c.c. art. 981, Código Civil).

Dentre esses requisitos, destacamos o acordo de vontade entre os contratantes para associar-se em sociedade, doutrinariamente conhecido como *affectio societatis*, cuja dimensão se alastra em direito constitucionalmente garantido (art. 5º, XX, Constituição Federal).

Cabe fazer menção, ainda, à *affectio societatis* como pressuposto de existência da sociedade empresária pluripessoal. Esse pressuposto diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária, de lucrar ou suportar prejuízos em decorrência do negócio comum. Esta disposição, este ânimo, é condição de fato da existência da sociedade pluripessoal, posto que, sem ela, não haverá a própria conjunção de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo.¹

Assumido o contrato de sociedade, inicialmente nos parece que o *affectio societatis* é elemento vital às partes, pois a vontade direcionada a associar-se também se refletiria no direito de permanecer associado. Assim, não bastaria analisar o *affectio societatis* apenas no momento da contratação, mas durante toda vida social e seu fim.

Durante a relação social os sócios se obrigam entre si e com a própria pessoa jurídica a agirem de acordo com a boa fé e função social da sociedade, sendo vedado cometer falta grave no cumprimento de suas obrigações societárias, sob pena da exclusão do sócio infrator.

CLAUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL – LEI DE ARBITRAGEM.

Por arbitragem se entende o acordo de vontade celebrado entre pessoas capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis².

A arbitragem é tratada pela Lei nº. 9.307/96, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de votos no dia 12 de dezembro de 2001 no julgamento de recurso de homologação de sentença estrangeira (SE 5206).

A lei de arbitragem prevê duas maneiras de instituir o juízo arbitral: (i) cláusula compromissória (artigo 4º) e; (ii) compromisso arbitral (artigo 9º).

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.

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

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

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Porquanto, o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Na hipótese posta pelo parecer que motivou este artigo, a cláusula compromissória prevista na cláusula décima terceira do contrato social da sociedade R. P. LTDA que assim dispõem:

DÉCIMA TERCEIRA:- No caso de divergência entre os sócios, a solução da mesma será confiada a um juízo arbitral composto de 03 (três) membros, sendo 02 (dois) da escolha das partes divergentes, e o 3º (terceiro) da nomeação dos 02 (dois) árbitros, com a função de desempatar.

AMPLITUDE DA CLAUSULA COMPROMISSÓRIA

Na consulta, que serviu de mote a este estudo a consulente parecia mesmo querer conhecer qual é a amplitude da cláusula décima terceira acima transcrita. Para isso é imperioso analisar o texto utilizado pelos sócios para disposição contratual.

Diante desta máxima, os sócios acordaram no sentido que em caso de divergência entre eles seria confiada a solução a um juízo arbitral composto de 03 (três) membros, sendo 02 (dois) da escolha das partes divergentes, e o 3º (terceiro) da nomeação dos 02 (dois) árbitros, com a função de desempatar.

Obviamente que a referida cláusula não pretendia afastar a administração geral da sociedade pelos sócios em deliberação social, mas sim prever uma forma de desempate ocorrido em reunião de sócios.

Pela legislação civil, o desempate ocorrido em deliberação de sócios se resolve pelo maior número de sócios e, se mantido o empate, a discussão deverá ser encaminhada ao Poder Judiciário:

Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.

Ainda, há possibilidade de a sociedade optar pelas regras supletivas da Lei da Sociedade Anônima (Lei nº 6.404/76), na qual dispõe em seu artigo 129, §2º, que em caso de empate na deliberação social, inexistindo cláusula compromissória, será convocada nova assembleia, persistindo o empate, os sócios encaminharão a divergência para decisão do Poder Judiciário:

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.

...omissis....

§ 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.

No caso, a sociedade em questão optou por utilizar as normas da Sociedade Simples em caso de omissão; conforme os termos da cláusula décima quarta do instrumento contratual da sociedade. Porém em caso de divergência entre as sócias, a solução seria confiada a um júízo arbitral (a cláusula décima terceira, em estudo).

A doutrina já sedimentou que a cláusula compromissória, quando se limita a afirmar que qualquer litígio decorrente de um negócio jurídico será solucionado por meio da arbitragem, é denominada cláusula vazia, porquanto aquela que limita a atuação do árbitro é chamada de cláusula cheia.

Nesse sentido o inciso III do artigo 10 da Lei nº 9.307/96 estabelece que “*constará obrigatoriamente do compromisso arbitral matéria que será objeto da arbitragem*”.

A jurisprudência tem entendido que a fixação da matéria que será objeto da arbitragem deve ser ampla e completa, sem quaisquer vazios, para evitar-se o vício da decisão fora ou além do pedido, bem como a perplexidade do árbitro, quando não investido de autoridade para decidir questão não prevista, mas que seja influente no resultado.

A convenção de arbitragem não pode ser interpretada de forma extensiva, eis que é regra restritiva do direito de acesso à jurisdição.

Neste sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em acórdão relatado pelo Ilustre Desembargador Carlos Giarusso Santos:

SOCIEDADE LIMITADA - RETIRADA DE SÓCIO - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM- IN APLICABILIDADE A convenção de arbitragem contratada para dirimir eventuais litígios relativos à administração da sociedade não pode ser interpretada de forma extensiva, para abranger a divergência acerca do valor das quotas do sócio que exerceu o direito de retirada, eis que se trata de norma restritiva do direito de acesso à jurisdição RECURSO IMPROVIDO (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, agravo de Instrumento nº. 9046704-74.2007.8.26.0000 -ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE LTDA; Relator(a): Carlos Giarusso Santos; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/10/2007; Data de registro: 17/10/2007)

Conforme o contrato social o objeto da cláusula compromissória é em apreço é claramente: *“divergência entre os sócios”*.

No caso concreto da sociedade em questão a opção se justificava devido à distribuição do capital e a qualidade de cada sócia, já que 50% do capital eram detidos em conjunto pela Sra. M.S., detentora de 20% do capital social, e sua mãe, a Sra. A.C., detentora de 30% do capital social.

É natural que ambas votem em bloco causando empate de deliberação frente à sócia Sra. M.B., detentora de 50% restante do capital social.

Ora, se mantida a solução do artigo 1.010, §2º, do Código Civil prevaleceriam sempre as decisões tomadas por mãe e filha, o que prejudicaria a sócia M.B., mesmo que detentora de 50% do capital social, pois sobressairia, em caso de empate nas deliberações sociais, as decisões tomadas pelo maior número de sócios.

Ainda, para ampliar o tema, se a sociedade optasse pela regência supletiva pela Lei de Sociedade Anônima as divergências deveriam ser levadas a decisão perante o Poder Judiciário, algo normalmente indesejado, tanto pelo custo quanto pela demora devido ao grande volume de processos.

Assim, justifica-se a cláusula décima terceira que previa o compromisso arbitral apenas como forma de desempate das deliberações sociais, substituindo a regra geral do artigo 1.010, §2º, do Código Civil.

E não poderíamos pensar diferente, já que seria praticamente impossível instituir e delegar ao juízo arbitral toda e qualquer deliberação social, sob pena de inviabilizar a continuidade da empresa.

De fato a divergência social, que é o objeto da cláusula instituída, diz respeito a divergências entre os sócios de como gerir e administrar a sociedade e não quanto a sua dissolução parcial por justa causa.

A SOLUÇÃO PARA EXCLUSÃO DE SÓCIO E DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE.

Apurado o limite da cláusula compromissória constante na cláusula décima terceira do contrato social da sociedade em questão aplicável tão somente em caso de empate durante deliberação social, devemos analisar se a exclusão de sócio deve ser enfrentado pelo juízo arbitral ou pelo Poder Judiciário.

A exclusão de sócio na Sociedade Limitada pode ocorrer apenas em 02 (duas) hipóteses estabelecidas em lei: (i) quando o sócio deixa de contribuir para formação do capital social (artigo 1.004 CC); (ii) quando o sócio agir de forma a violar ou faltar com o cumprimento das obrigações sociais, ou seja, em caso de justa causa (artigos 1.030 e 1.085 CC).

Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a

quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa

No caso posto pela consulente, era necessário verificara a aplicação ou não de clausula compromissória para exclusão de sócio por justa causa, com conseqüente dissolução parcial da sociedade.

Analisando a redação do artigo 1.030 do Código Civil, norma que disciplina a exclusão de sócio por justa causa, esta prescreve que a solução deve ser imposta *necessariamente* de forma judicial mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, verificada falta grave no cumprimento das obrigações do sócio infrator.

A exceção a esta regra está na disposição do artigo 1.085 do Código Civil, porém que não se aplica ao caso por inexistir previsão contratual neste sentido, como prescreve a norma.

Devido a necessidade da via judicial para exclusão de sócio por justa causa, foi inclusive, apresentado a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 3.871 de 13 de agosto de 2.008 de autoria do Deputado Juvenil (PRTB-MG) com a finalidade de alterar o artigo 1.030 do Código Civil, possibilitando a exclusão de sócio por juízo arbitral desde que prevista clausula compromissória.

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente ou por sentença arbitral emanada de contratos com previsão de cláusula compromissória arbitral, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Ocorre que a proposta apresentada perante a Câmara dos Deputados não prosseguiu e foi arquivado em 05 de março de 2012³.

Assim, em que pese a intenção de modificação legislativa da norma do artigo 1.030 do Código Civil pelo Projeto de Lei nº. 3.871/08, a norma se manteve e, conseqüentemente, a aparente obrigatoriedade da via judicial para exclusão de sócio por justa causa.

Ainda, no caso, em que pese a necessidade da intervenção judicial para dirimir a lide, tem-se que para o procedimento de exclusão de sócio da sociedade não houve nenhuma previsão de instituição de compromisso arbitral, especialmente por que a cláusula décima primeira do contrato social dispõe que será aplicado o Código Civil para dirimir à matéria tanto de retirada de sócio quanto à dissolução e liquidação da sociedade.

DÉCIMA PRIMEIRA:- Serão regidas pelas disposições do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) aplicáveis à matéria, tanto à retirada de sócio à dissolução e liquidação da sociedade.

Diante desta expressa previsão contratual mantida é a posição de que não se pode pretender pela cláusula tal qual redigida o estabelecimento do juízo arbitral para exclusão de sócio.

Reitere-se que a dissolução que se opera pelo artigo 1.030 do Código Civil não diz respeito às *divergências* entre sócios, mas a perda do *affectio societatis*. Com efeito, para existir a dita divergência da cláusula décima terceira, na qual se aplicaria a cláusula compromissória, seria necessário apresentar-se empate nas deliberações sociais (50% - 50%), fato que não se verifica no caso em análise.

A causa remota do remédio processual adequado à expulsão de sócio é o fato que se configura falta grave. O objeto da ação de dissolução de sociedade proposta é, pois, a apuração da existência de falta grave da sócia M.B., e não a solução de controvérsia entre sócios representantes de mesma quantidade de capital social.

Diante do panorama normativo, analisando a cláusula décima terceira que instituiu a cláusula compromissória na sociedade empresária, estamos diante de limitação de atuação do procedimento de arbitragem no caso de divergências entre os sócios, especificadamente as relativas aos empates nas deliberações sociais, em assembleia ou reunião.

Ora, nos termos estabelecidos no mencionado contrato social firmado entre as partes, estabeleceram elas por meio de compromisso arbitral que as divergências sociais seriam resolvidas mediante juízo arbitral, porém, o que pretende a consulente é verificar se a dissolução parcial da sociedade por exclusão de sócio por justa causa também se submete ao compromisso arbitral.

A questão pertinente à dissolução parcial da sociedade e apuração de haveres, não diz respeito a mera divergência social, ou seja, o litígio é mais profundo e, por isso, deve ser examinado e resolvido em ação própria como de fato está ocorrendo, em consonância com o artigo 1.030 do Código Civil e das cláusulas contidas no contrato social da sociedade.

Acrescenta-se que se as partes estipularam cláusula compromissória no sentido acima que as divergências sociais seriam resolvidas mediante o juízo arbitral, nada mencionando quanto à pretensão da consulente, que é a dissolução da sociedade mediante a exclusão da sócia infratora e, ante o constante no artigo 10, inciso III, da Lei nº. 9307/96 e do artigo 1.030 do Código Civil, inviável a execução do compromisso arbitral da cláusula décima terceira.

RESPOSTAS À CONSULTA.

A primeira questão posta em consulta busca esclarecer se: (i) A cláusula 13º do Contrato Social acima transcrita dispõe sobre divergências por meio de arbitragem no que tange a: a) Administração da sociedade; b) Deliberações Sociais; c) outras disposições.

Como visto, a cláusula décima terceira do contrato social da sociedade trata tão somente da solução por juízo arbitral de divergência entre os sócios, especificadamente quando ocorrer empate nas deliberações sociais em substituição a regra do artigo 1.010, §2º, do Código Civil.

No caso, concluímos que a cláusula compromissória não se aplica a administração da sociedade, seja específica ou geral, nem mesmo as matérias referentes a retirada e exclusão de sócio, dissolução e liquidação da sociedade, por expressa previsão da cláusula décima primeira.

Especificadamente quanto a exclusão do sócio, pauta da consulta posta, verificou-se que a via judicial é necessária, seja por força da norma do artigo 1.030 do Código Civil, seja pelo fato da cláusula décima terceira não abranger tal hipótese, seja ainda pela previsão da cláusula décima primeira, o que afasta a incidência da cláusula compromissória, sob pena de restringir o direito de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).

Por fim, questiona a consulente: (ii) Diante da resposta ao quesito anterior, qual é o foro competente para processar e julgar ação de dissolução parcial da sociedade em apreço, com fulcro no artigo 1.030 do Código Civil?

O artigo 1.030 do Código Civil não dispõe de regra para averiguação de competência, tão somente determina que a expulsão de sócio por falta grave deve ser realizada necessariamente pela via judicial.

CONCLUSÃO.

Especificamente, na situação concreta, diante da norma citada, da Lei nº. 9307/96 e do contrato social da sociedade em questão e em vista das considerações expostas ao longo deste estudo, consideramos que não se pode afastar da apreciação do poder judiciário, seja por se tratar de falta alheia ao contrato, seja pela redação dos termos do artigo 1.030 do Código Civil.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa, 25º Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 162.

² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2º parte) e Procedimentos Especiais, 8º edição, São Paulo: Saraiva, 2012, 389.

³<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=407131> <acesso em 25/07/2012>