
Arbitragem de litígios societários

I) Âmbito de análise

1. Propomo-nos, neste artigo, analisar um conjunto de questões suscitadas pela sujeição a arbitragem de litígios relacionados com o funcionamento das sociedades, mais precisamente, os emergentes das relações entre os sócios que são regidas pelo contrato de sociedade (estatutos)¹ e pelas normas legais aplicáveis sociedades, das estabelecidas entre os sócios e a sociedade e das que se criem entre aqueles ou esta e os membros dos seus órgãos de administração ou de fiscalização.

Ficam fora do objecto do nosso estudo as questões atinentes à arbitragem de litígios entre sócios, enquanto partes de acordos parassociais² por eles celebrados, bem como os litígios entre a sociedade e terceiros com que esta se relacione, porque qualquer dessas categorias de litígios

¹ Usaremos aqui a terminologia corrente na doutrina e na prática societária portuguesas em que se utiliza frequentemente o conceito de contrato de sociedade numa acepção ampla que compreende duas áreas: a do *contrato propriamente dito* no qual as partes se identificam e manifestam a intenção de constituir uma sociedade; e a do pacto social ou *estatutos*, em que as partes, normalmente em moldes articulados, disciplinam a nova entidade; *cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – Manual de Direito das Sociedades – vol. I, 2.ª ed., 2007, Almedina, Coimbra, p. 426.

² Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, pp. 638-639, “os acordos parassociais são convénios celebrados por sócios de uma sociedade, nessa qualidade; visam, além disso, regular relações societárias. Distinguem-se, em abstracto, do próprio pacto social, uma vez que apenas respeitam aos sócios que os celebram, sem interferir no ente colectivo. E distinguem-se igualmente de quaisquer outros acordos que os sócios possam celebrar entre si por, no seu objecto, respeitarem a relações societárias”. Sobre o conceito de acordos parassociais; *v.* também RAÚL VENTURA – Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, 1992, Almedina, Coimbra, , pp. 10-12.

não suscita dúvidas quanto à sua arbitrabilidade nem determina especificidades de regime que mereçam especial atenção.

Na verdade, os litígios que surjam entre todos ou alguns membros de um acordo parassocial têm a natureza de vulgares litígios de natureza contratual que, para as arbitragens a que dêem lugar, não requerem modelos de regulamentação diferentes dos aplicáveis aos litígios emergentes de outros acordos plurilaterais³.

Por outro lado, os litígios emergentes das relações entre a sociedade e terceiros, quer resultem de contratos quer de actos geradores responsabilidade extra-obrigacional, poderão, se existir convenção de arbitragem que os abranja, ser decididos segundo as regras e trâmites normais aplicáveis a quaisquer arbitragens.

Ao invés, os litígios de nos ocuparemos – doravante designados por “litígios intra-societários” – suscitam, além dos problemas comuns à generalidade dos litígios submetidos a arbitragem, questões que reclamam abordagem e soluções específicas no que concerne, nomeadamente, à verificação da arbitrabilidade do litígio, à definição do âmbito subjectivo e objectivo da convenção de arbitragem, à constituição de tribunal arbitral, à regulamentação do processo, à possibilidade de intervenção de terceiros em arbitragens em curso e ao âmbito da eficácia de caso julgado da sentença arbitral.

2. Não cuidaremos aqui de analisar as vantagens e inconvenientes da arbitragem relativamente a outros métodos de resolução de litígios intra-societários, designadamente o recurso aos tribunais estaduais, à mediação e, especialmente para sociedades com acções cotadas em mercados de

³ Entre os quais avultam as específicas soluções que a constituição do tribunal arbitral requer em arbitragens com pluralidade *real* de partes, tendo em conta o profundo debate que, na sequência do Acórdão proferido pela *Cour de cassation* francesa, em 1992, no caso *Ducto*, se suscitou na doutrina da arbitragem comercial, bem como as alterações que determinou na grande maioria das legislações e regulamentos de arbitragem. Sobre a distinção entre pluralidade *real* e *aparente* de partes nas arbitragens, *v.*, no doutrina portuguesa, MANUEL BOTELHO DA SILVA – *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias* – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2002, Almeida, Coimbra, pp. 499-538, e António Sampaio Caramelo – *Jurisprudência comentada: questões de arbitragem comercial* – Revista de Direito e Estudos Sociais – Ano XLV, N.º 4 (Outubro-Dezembro – 2004), pp. 307-351.

valores mobiliários, a mecanismos estabelecidos pelas entidades reguladoras respectivas. Esta análise sido empreendida por diversas entidades, merecendo destaque a que a OCDE tem vindo a fazer, desde, pelo menos, 2003, em ordem à identificação dos meios de resolução de litígios mais capazes de conferir efectividade aos bons princípios e práticas de governação das sociedades comerciais (*corporate governance enforcement*)⁴.

Dando como conhecidas as vantagens que, em geral, se reconhece à arbitragem, procuraremos identificar os problemas ou dificuldades que importa solucionar ou superar para se maximizar a sua eficácia no domínio dos litígios intra-societários.

II) Arbitrabilidade dos litígios intra-societários

3. Tendo em conta os principais critérios usados para a determinação das controvérsias que podem ser submetidas a arbitragem⁵, verifica-se que, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, a grande maioria dos litígios intra-societários é considerada como arbitrável. Esta asserção vale não só para as ordens jurídicas que adoptam critérios de arbitrabilidade de carácter conceitual, mas também para aquelas que, sem recurso a qualquer desses critérios, se limitam a formular, através de leis ou da jurisprudência dos tribunais, um número maior ou menor de excepções ao princípio geral de livre arbitrabilidade das controvérsias nelas acolhido – como acontece em numerosos países de *common law*, nomeadamente, na Inglaterra e nos E.U.A.

Começando por este último grupo de sistemas jurídicos, constata-se que, em regra, não existem aí categorias de litígios intra-societários cuja sujeição a arbitragem seja vedada pelas respectivas leis ou tribunais, com excepção do caso dos “*derivative claims*”⁶ nos EUA, que, segundo os

⁴ Os diversos documentos que no seio ou sob a égide desta organização intergovernamental têm sido publicados sobre esta temática estão acessíveis no sítio da OCDE na Internet, www.oecd.org.

⁵ Sobre esta matéria, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO – *Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema* – IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 13-44.

⁶ Sobre os “*derivative claims*” e as razões da sua inarbitrabilidade, v. BERNARD HANOTIAU – *L’arbitrabilité* – Recueil des Cours de l’Académie de Droit International – The

tribunais da maioria dos estados da União, não são passíveis de decisão por árbitros.

Quanto aos sistemas jurídicos que recorrem a critérios de natureza conceitual para identificar as matérias passíveis de sujeição a arbitragem, pode sobre este tema, muito resumidamente, dizer-se o seguinte.

Nos ordenamentos que adoptam o critério da “ligação com a ordem pública” (por vezes, associado ao “critério de disponibilidade do direito”, como acontece no direito francês), a regra é da arbitrabilidade dos diferendos intra-societários. Constituem excepção os litígios em que se vise a declaração de nulidade do contrato de sociedade, que são considerados como inarbitráveis por jurisprudência bem firmada desde meados do século passado, com base na consideração de que essa nulidade tem carácter de ordem pública, o que exclui que possa ser declarada por árbitros. Também os litígios atinentes à deliberação de órgãos sociais que visem alterar a organização da sociedade e a hierarquia dos seus órgãos ou a repartição dos poderes entre eles, são considerados como inarbitráveis pela jurisprudência, apoiada por boa parte da doutrina, com fundamento no facto de tais matérias terem carácter de ordem pública⁷.

É de notar que, nas obras de alguns autores e em numerosas decisões jurisprudenciais, a invocação da “ligação com a ordem pública” para se justificar a exclusão da submissão destes litígios a arbitragem, aparece ligada à afirmação da indisponibilidade dos direitos controvertidos, o que remete para o que referimos a seguir.

Nos direitos que delimitam o âmbito de arbitrabilidade com base no critério da “disponibilidade do direito”, a generalidade dos litígios intra-societários é susceptível de resolução por árbitros, com a excepção

Hague – T. 296 (2003), pp. 158-159. Pode ler-se uma análise aprofundada dos argumentos contra e a favor da arbitrabilidade das “derivative actions” e de matérias afins, como as “securities class actions”, em Perry Herzfeld – *Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes* – Arbitration International – London, Kluwer Law International – 2008, Issue 2, pp. 297-329; Estas figuras de direito processual são assim definidas por este autor: “derivative actions” are actions whereby, in certain circumstances, shareholders sue in the name of the company to enforce a right held by the company. ‘Class actions’ are actions in which issues that arise in a number of sufficiently similar claims are determined together in a single proceeding brought by a representative plaintiff.” – *ob. cit.*, p. 298.

⁷ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, pp. 30-31.

adiante indicada e também com a ressalva, desenvolvidamente tratada adiante, de as arbitragens atinentes à validade de deliberações sociais requererem uma regulamentação específica para que a sentença proferida pelo árbitros possa ter *eficácia geral* no seio da sociedade.

A adopção do critério da “disponibilidade do direito” determina, a nosso ver, a exclusão da submissão a arbitragem dos litígios relativos à nulidade do contrato de sociedade e à nulidade de deliberações de órgãos sociais. Dado não existir, neste tipo de acções, espaço para a livre disposição das partes, entendemos que, de acordo deste critério, elas não podem ser decididas por árbitros⁸.

A esta conclusão chegam, em regra, quando não existe indicação legal em contrário, a doutrina e a jurisprudência das ordens jurídicas que delimitam a arbitrabilidade dos litígios através do critério da “disponibilidade do direito”. Era esta a opinião que, até há pouco tempo, prevalecia nas ordens jurídicas espanhola e italiana⁹ e é essa também a solução que, pela razão supramencionada, entendemos valer no âmbito do direito português (devido ao critério adoptado no art. 1.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 27 de Agosto).

Salientamos, por outro lado, que nenhum dos mencionados obstáculos à sujeição a arbitragem de algumas categorias de litígios intra-societários existe nas ordens jurídicas que delimitam o âmbito da arbitrabilidade com base no critério de “patrimonialidade do direito controvertido”¹⁰. Com efeito, dada a natureza patrimonial que assumem, directa ou indirectamente, os interesses em jogo nos litígios intra-societários, são estes pacificamente considerados como arbitráveis, à luz deste critério. Isso não impede, porém, que se questione a arbitrabilidade de alguns destes litígios, não por causa da natureza dos interesses controvertidos, mas antes por particularidades respeitantes à organização do processo arbitral e ao âmbito de eficácia da sentença que nele for proferida¹¹. Esta é matéria que analisaremos desenvolvidamente, mais à frente.

Importa notar que, nalgumas ordens jurídicas (*e.g.*, Itália, Alemanha e Estados Unidos; mas neste país só quanto aos *derivative claims*), a

⁸ A. SAMPAIO CAMELO – *ob cit.* pp. 29-30 e 32.

⁹ A. SAMPAIO CAMELO – *ob cit.*, pp. 31-32.

¹⁰ A. SAMPAIO CAMELO – *ob cit.*, pp. 32-33 e 34.

¹¹ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, p. 42-44

lei ou os tribunais expressamente excluem a sujeição a arbitragem de litígios surgidos no seio de sociedades com acções cotadas em mercados de bolsa. Esta exclusão não decorre do critério básico de arbitrabilidade adoptado nessas ordens jurídicas¹², sendo antes devida ao facto de se considerar que a arbitragem não é um modo adequado de resolução dos (ou de alguns dos) litígios suscitados em sociedades com as singularidades que estas apresentam¹³. Este tema será também examinado adiante.

III) Âmbito da cláusula compromissória estatutária

4. Uma cláusula compromissória a inserir nos estatutos de uma sociedade, com a finalidade de sujeitar a arbitragem o maior número possível de litígios que nela venham a suscitar-se, deve ser apta a vincular todos os sujeitos que actuam no âmbito do seu funcionamento interno. Há por isso que examinar, sob este ponto de vista, a redacção que a cláusula compromissória deve ter para poder satisfazer este desiderato.

Pressupondo que a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos visa sujeitar a arbitragem a totalidade dos diferendos intra-societários, deverá ela ser redigida de modo a abranger inequivocamente os seguintes litígios: os que resultem de relações estabelecidas entre sócios e regidas pelos estatutos; os que se suscitem entre os sócios e a sociedade; os que surjam entre os sócios e os titulares de quaisquer órgãos da sociedade; os que possam existir entre a própria sociedade e esses titulares.

4.1. No âmbito de uma tal cláusula compromissória devem caber, em primeiro lugar, todos os litígios que se suscitem *entre os sócios da sociedade* e resultem de relações regidas pelos estatutos de que essa cláusula faça parte (tendo presente que do conteúdo destes fazem parte não só o seu clausulado mas também as regras e princípios legais aplicáveis

¹² Critério esse que, em Itália, é o “disponibilidade do direito”, enquanto que, na Alemanha, é o da “patrimonialidade da pretensão controvertida” combinado como o critério (secundário) da transigibilidade da pretensão não patrimonial.

¹³ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, p. 43; v. ainda o que adiante referimos, no parágrafo 8. do presente texto.

a esse tipo social e que por esse clausulado não hajam sido validamente afastadas). Uma tal cláusula tem aptidão para, por um lado, vincular todos os sócios da sociedade, tenham ou não aprovado a sua adopção, e, por outro lado, abranger todos os litígios que entre eles possam surgir.

Ao invés, a cláusula compromissória inserida num acordo parasocial só obriga quem o haja subscrito ou a ele venha a aderir (com o consentimento dos demais subscritores) e apenas quanto às matérias por ele reguladas. Essa diferença explica-se pelo facto de os acordos parassociais – ao contrário do que acontece com os estatutos, que criam normas objectivas de aplicação geral no seio da sociedade¹⁴ – terem por função permitir que os (ou alguns dos) sócios regulem, à margem das regras estatutárias, determinados aspectos da sua conduta no seio da sociedade ou perante esta.

4.2. São muitos os autores que, sem hesitação, defendem que uma cláusula compromissória inserida nos estatutos da sociedade obriga quem seja ou venha a ser membro dela, isto é, não só os seus *actuais sócios* mas também os *futuros sócios*. Para os que assim entendem, à cláusula compromissória incluída nos estatutos é de aplicar o princípio segundo qual as disposições deste instrumento vinculam não só quem seja membro da sociedade no momento da sua adopção mas também quem só posteriormente nela ingresse. Por outro lado, esses autores não suscita dúvida a possibilidade de superveniente introdução da cláusula compromissória nos estatutos, com mera observância das regras que permitem a sua alteração deliberada por maioria (ainda que qualificada) dos sócios, passando tal a cláusula vincular mesmo os sócios que não hajam votado seu favor. Veremos adiante se e em que medida estas soluções são admissíveis perante o direito português em vigor.

¹⁴ Visto que se destinam a reger o funcionamento da organização societária bem como as relações entre os sócios (quem quer que sejam ou venham a ser) e as destes com sociedade. Como sublinha ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “um pacto social não regula, simplesmente, um delimitado círculo de interesses entre as partes que o concluem; ele antes fixa – ou pode fixar – um quadro normativo capaz de regular múltiplas situações subsequentes.” – *ob. cit.*, p. 441.

4.3. Nenhuma razão de princípio se opõe a que a própria *sociedade* seja vinculada pela cláusula compromissória inserida nos seus estatutos. Seria por demais especioso o argumento que se aduzisse contra a possibilidade de a sociedade ser vinculada pelos seus próprios estatutos, por não ser “exterior” a estes. Na verdade, sendo os estatutos o instrumento normativo que regula a organização e a vida interna da sociedade, fazendo parte do acto/contrato que lhe deu existência jurídica, não faria sentido que a sociedade ficasse fora do alcance de uma cláusula compromissória neles inserida.

Mas poder a sociedade ser vinculada por uma cláusula arbitral inserida nos seus estatutos não equivale a dizer que necessariamente o seja, pois que isso depende do modo como essa cláusula esteja redigida¹⁵. Importa, por isso, que no seu texto se refira claramente que são por ela abrangidos todos os litígios que oponham a sociedade quer aos sócios quer aos titulares dos órgãos sociais.

Nenhumas dúvidas subsistirão, se na cláusula compromissória se mencionar que se aplica “aos litígios que surjam entre os sócios e a sociedade e aos que existam entre esta e os titulares dos órgãos sociais”. Pela sua primeira parte, esta formulação será apta a abranger, nomeadamente, as acções de anulação e de nulidade de deliberações sociais que, como é sabido (v. art.61.º, n.º 1, do C.S.C.) devem necessariamente ser propostas contra a própria sociedade¹⁶, enquanto que, pela sua segunda parte, ela será capaz de compreender, entre outros, os litígios relativos ao estatuto remuneratório dos titulares dos órgãos sociais bem como os atinentes à responsabilidade civil decorrente do incorrecto exercício dos seus cargos.

4.4. Mais laborioso será fazer incluir no âmbito da cláusula compromissória estatutária os litígios que oponham os *titulares dos órgãos sociais* à sociedade ou aos seus sócios.

¹⁵ Sobre este ponto, v. OLIVIER CAPRASSE – *Les Sociétés et L’Arbitrage*, 002, Bruylant-L.B.D.J., Bruxelles-Paris, p. 368.

¹⁶ No entanto, alguns autores franceses e belgas dão conta de que a jurisprudência destes países tem hesitado em considerar que acções que, por lei, devam ser propostas pela ou contra a sociedade sejam abrangidas por cláusulas compromissórias que não prevejam expressamente a sociedade como possível parte dos litígios por ela abrangidos; sobre este ponto, v. OLIVIER CAPRASSE – *ob. cit.*, pp. 369-373.

À primeira vista, poderia duvidar-se da possibilidade de vincular não-sócios que sejam titulares de órgãos sociais¹⁷ a uma cláusula compromissória inserida nos estatutos, dado não a haverem subscrito, ao contrário do que acontece com os sócios que ingressam na sociedade mediante aquisição, directa ou indirecta, da posição social dum outorgante do contrato de sociedade inicial do qual constava a cláusula compromissória.

A resposta a esta dúvida encontra-se na ideia, que é defendida por alguns autores¹⁸ e nos parece acertada, de que, por efeito da aceitação do cargo para que são designados, os titulares dos órgãos sociais se obrigam a observar e fazer cumprir o disposto nos estatutos do sociedade, o que implica que também se vinculem ao disposto numa cláusula compromissória deles constantes. Mas para que não surjam dúvidas a este respeito, é conveniente que essa ideia fique expressamente consignada na cláusula compromissória, através duma disposição que poderá ser deste teor ou similar: “a aceitação dos respectivos cargos pelos titulares dos órgãos sociais valerá como expressão do seu consentimento ao disposto na presente cláusula”¹⁹.

Embora nos pareça que uma cláusula compromissória redigida desta forma permitirá dissipar as dúvidas que possam suscitar-se a este respeito, poderá ainda, para se conseguir maior certeza, impor-se, nos estatutos, que quem for designado para um órgão social subscreva um termo de adesão ao conteúdo da cláusula compromissória²⁰.

O que fica dito vale também para os liquidatários da sociedade bem como para os curadores *ad litem* designados ao abrigo do artigo 21.º, n.º 2, do Código do Processo Civil (C.P.C.) ou ao abrigo do art. 76,

¹⁷ Os sócios são, em princípio, vinculados por uma cláusula compromissória estatutária, mas, quando fazem parte dos órgãos sociais, não é nessa qualidade que são partes nos litígios contemplados neste número.

¹⁸ V. OLIVIER CAPRASSE – *ob. cit.*, p. 378-379 e autores aí citados.

¹⁹ No âmbito da ordem jurídica portuguesa, convirá que os estatutos imponham que a aceitação por quem seja designado para a um órgão social seja feita por escrito, devido à exigência de forma escrita da convenção de arbitragem contida no art. 2.º da LAV, como explicaremos adiante.

²⁰ V., por exemplo, o estipulado na cláusula compromissória inserida nos “articles of association” da *Royal Dutch Shell PLC*, sociedade cotada na Bolsa de Nova Iorque, Londres e Amesterdão, transcrita por Perry Herzfeld – *ob. cit.*, pp. 326-328

n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (C.S.C.)²¹, dado que uns e outros cabem num conceito amplo de “órgãos de sociedade.

4.5. Do que deixamos referido nos números anteriores pode concluir-se genericamente que uma redacção cuidada e minuciosa da cláusula compromissória estatutária, tornando-a capaz de, sem margem de dúvidas, abranger a totalidade dos litígios relativos ao funcionamento interno da sociedade, permite resolver muitos das dificuldades que se suscitam, na prática, sobre a possibilidades de submeter a arbitragem a generalidade desses litígios²².

IV) Requisitos de validade da cláusula compromissória estatutária

5. Não é pacífico que uma cláusula compromissória que não figure na versão inicial dos estatutos da sociedade possa ser lá incluída através de uma alteração destes. Com efeito, existe marcada divergência na doutrina e na jurisprudência de diversos países quanto à possibilidade de inserção duma cláusula compromissória nos estatutos, apenas com os votos da maioria legalmente requerida para a alteração destes. E mesmo entre os autores que admitem que possa validamente introduzir-se essa cláusula nos estatutos, mediante a sua alteração, há desacordo sobre se ela obriga quem na tomada da respectiva deliberação não participou, se absteve ou votou contra.

5.1. A favor da possibilidade de se introduzir uma cláusula compromissória nos estatutos, em data posterior à constituição da sociedade, por deliberação tomada pela maioria requerida para a alteração daqueles, com o efeito de essa cláusula passar a vincular *todos os sócios actuais*, ainda que não tenham participado na assembleia em que foi votada a deliberação respectiva, ou nela se hajam absterido ou votado contra, e bem assim *os sócios futuros*, argumenta-se que a inclusão de tal cláusula não

²¹ V., neste sentido, OLIVIER CAPRASSE – *ob. cit.*, pp. 379-380.

²² Contanto que, por causa do critério de arbitrabilidade adoptada na lei, alguns desses litígios não devam considerados como excluídos da submissão a arbitragem, como se salientou atrás.

modifica substancialmente a situação dos respectivos sócios nem para eles cria novas obrigações que justifiquem a necessidade de se obter o consentimento de todos eles, em obediência a um princípio geral vertido em disposições legais semelhantes às dos artigos 86.º, n.º 2, e 328.º, n.º 3, do nosso C.S.C.

Segundo este entendimento, a cláusula compromissória deveria ser considerada como *neutra*, sob o ponto de vista do seus efeitos sobre o estatuto dos sócios, dado que não diminui os direitos destes, tendo apenas por efeito determinar que o litígio seja submetido à jurisdição arbitral, em vez da jurisdição estadual. No mesmo sentido, faz-se também notar que a arbitragem não pode ser vista como uma jurisdição de segunda ordem, fonte de perigo ou de imprevisibilidade, quando é certo que está prevista na lei e por esta equiparada à jurisdição estadual, não se lhe podendo atribuir carácter excepcional. Daí concluem os mesmos autores que escolher a arbitragem é escolher apenas uma *outra via* de solução jurisdicional de conflitos²³.

A nosso ver, uma tomada de posição sobre as questões acima mencionadas requer maior reflexão, para o que haverá que analisar: (i) se a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos, após a constituição da sociedade, exige o acordo de todos os que, nessa data, sejam sócios, com a consequência de, sem essa unanimidade, não ser válida a sua inserção nos estatutos; (ii) se, mesmo que uma cláusula compromissória possa validamente incluída nos estatutos por deliberação maioritária, ela será vinculativa para os sócios que não tenham participado na votação ou tenham votado contra essa inclusão; (iii) se a cláusula compromissória constante do pacto social (desde o início da sociedade ou por efeito de alteração posterior daquele) vincula quem só posteriormente venha a ingressar na sociedade.

É evidente que a resposta a estas questões é muito mais fácil no âmbito de direitos (como o francês, para as arbitragens internas, o sueco, o dinamarquês e o norueguês) que não exigem que a convenção de arbitragem seja reduzida a escrito, podendo ser oralmente celebrada e provada por qualquer meio, do que no âmbito de ordens jurídicas, como a portuguesa, que impõem que a convenção de arbitragem seja reduzida

²³ OLIVIER CAPRASSE – *ob. cit.*, p. 375

a escrito, implicando isso que assuma forma escrita o consentimento de todas as partes que tal convenção visa obrigar.

5.2. À pergunta sobre se a introdução superveniente de uma cláusula compromissória nos estatutos exige o acordo de todos os que nessa altura sejam sócios, responderam negativamente o Tribunal Federal Alemão (*BGH*) e o Tribunal Supremo de Espanha (*T.S.*), através de acórdãos que vale a pena dar brevemente conta.

Num caso relativo à inserção de uma cláusula arbitral nos estatutos de uma associação registada (*engetragener Verein*), a que se opunha uma minoria dos seus associados, decidiu o Supremo Tribunal Federal Alemão, por um acórdão de 3.04.2000, ser necessário o consentimento de todos os associados para que essa alteração estatutária pudesse validamente efectuar-se. A partir de então, a doutrina alemã passou a presumir que solução idêntica seria adoptada por esse Tribunal, quando tivesse de decidir sobre a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos de sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*) ou sociedades anónimas. Assim, seria de exigir o consentimento de todos os sócios para a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos dessas sociedades²⁴. Como explicaremos adiante, esta solução não é pacífica na doutrina alemã.

No mesmo sentido, é também de referir um acórdão do Tribunal Supremo de Espanha, de 9.07.2007²⁵, que igualmente exigiu o consentimento de todos os sócios da sociedade (e não apenas o da maioria necessária para qualquer outra alteração estatutária) para a alargamento do âmbito objectivo de uma cláusula compromissória existente nos estatutos, para que passasse a abranger a impugnação de deliberações da assembleia geral²⁶.

²⁴ CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany* – Arbitration in Germany (ed. K.H Böckstiegel S. Kröll and P. Nacimiento) 2007, Wolters Kluwer, p. 1007.

²⁵ V. anotação a esta decisão, da autoria FÉLIX J. MONTERO, in *European and Middle Eastern Arbitration Review* – 2010, p.73-76

²⁶ No caso que esteve na origem deste acórdão do *TS*, tratava-se de uma deliberação de exclusão de alguns sócios.

Fundamentando a sua decisão, referiu o Tribunal Supremo: “a conclusão a que se deve chegar é de que a modificação dos estatutos sociais, incluindo quer a sujeição a arbitragem como meio de resolução da litígios societários quer a extensão do âmbito objectivo de uma cláusula de arbitragem, requer a aceitação dos afectados por essa modificação, dado que ela implica uma forma de restrição ou limitação do direito à efectiva protecção do exercício de direitos e legítimos interesses pelos tribunais, a que tem sido conferida tutela mediante recurso ao Tribunal Constitucional”.

Criticando esta formulação do Tribunal Supremo, alguns comentadores salientaram que a subscrição de uma convenção de arbitragem ou a modificação ou ampliação do seu âmbito, não constituem “uma forma de restrição ou de limitação do direito à efectiva protecção pelos tribunais do exercício de direitos e legítimos interesses”, significando apenas a opção por outra via de tutela jurisdicional destes. Por outro lado, sendo o funcionamento das sociedades de capitais e as relações entre os accionistas regidas pelo princípio da maioria, deve entender-se que, ao ingressar na sociedade, o accionista aderiu a tal princípio.

Por essas razões, não haveria que exigir, ao contrário do que entendeu o Tribunal Supremo, que a inserção nos estatutos da cláusula de arbitragem fosse aceite por todos os sócios afectados por essa alteração estatutária, implicando isso que quem tivesse votado contra não fosse por ela obrigado. Acresce, segundo os mesmos comentadores, o facto de a posição do sócio na sociedade, com os poderes e deveres que a integram, poder ser objecto de cessão.

É de admitir, contudo, que, ao proferir esta decisão, o Tribunal Supremo de Espanha tivesse sido influenciado pelas circunstâncias particulares do caso apreciado, em que a deliberação que alargou o âmbito da cláusula arbitral foi votada na mesma assembleia geral em que foi tomada a deliberação (de exclusão de sócios) cuja anulação veio ser pedida aos tribunais estaduais, juntamente com a impugnação da ampliação do âmbito daquela cláusula, pela qual se sujeitava aquele pedido a arbitragem.

Ora, salientaram os referidos comentadores, se se compreende a decisão tomada pelo Tribunal Supremo, de considerar como não vinculados pela ampliada convenção de arbitragem os sócios que na mesma

data foram logo excluídos, dado que essa cláusula compromissória, não estando ainda em vigor quando foi deliberada a exclusão, não poderia abranger a acção arbitral de impugnação desta deliberação, a verdade é que o T.S. poderia ter-se limitado a usar este argumento, sem declarar que os accionistas que não aceitaram a cláusula arbitral contida nos estatutos não ficam vinculados por ela²⁷.

Como se explicará adiante, solução contrária à acolhida, em 2007, pelo Tribunal Supremo de Espanha veio a ser consagrada pela recente reforma da Lei de Arbitragem deste país.

5.3. Em sentido oposto às decisões judiciais acabadas de mencionar, ou seja, em apoio da validade da inserção de uma cláusula arbitral nos estatutos de uma sociedade contra a vontade expressa de um ou de alguns sócios desta, poderia aparentemente invocar-se a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.) que, no acórdão proferido, em 1992, no caso *Petereit*²⁸, confirmou que uma cláusula atributiva de jurisdição, subsumível ao art. 17.º da Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e o Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Cível e Comercial, que fora inserida nos estatutos de uma sociedade contra o voto expresso de um accionista, é válida e vincula o accionista discordante.

Fundamentando a sua decisão, entendeu o T.J. que os estatutos de uma sociedade por acções devem, de acordo com as legislações Estados que são partes daquela Convenção, ser considerados como um contrato regulador das relações entre os sócios bem como das relações entre eles e a sociedade, pelo que a cláusula atributiva de jurisdição neles incluída vincula os accionistas, sendo irrelevante que só tenham adquirido essa qualidade só depois da adopção daquela cláusula. Ao tornar-se e manter-se como accionista da sociedade, este consentiu em submeter-se a todas as disposições constantes dos estatutos da sociedade e às decisões adoptadas pelos órgãos sociais em conformidade com as disposições de direito nacional aplicáveis e com aqueles estatutos, mesmo que não concordasse com algumas dessas disposições e decisões. A posição do sócio

²⁷ *Ob. cit.*, p. 76

²⁸ Caso C -214/89 [1992] ECR I-1745.

relativamente ao estatutos é diferente da que tem a parte dum contrato de venda relativamente aos respectivos termos, pois que os estatutos de uma sociedade são expressão da existência de uma comunidade de interesses entre os sócios na prossecução de um objectivo comum, constituindo o instrumento básico que rege as relações entre o sócio e a sociedade. Além disso, independentemente do modo como as acções foram adquiridas, qualquer pessoa que se torne accionista sabe ou deve saber que fica vinculada pelos estatutos da sociedade e pelas alterações que a estes venham a ser feitas de acordo com a lei aplicável e esses estatutos.

Decidiu, por isso, o Tribunal de Justiça que, quando os estatutos contêm uma cláusula atributiva de jurisdição, todos os accionistas são de considerar como tendo dela conhecimento e como havendo efectivamente consentido no que ela estabelece, se tais estatutos estiverem depositados num local a que o accionista tenha acesso, como a sede da sociedade, ou se constarem de um registo público.

Relativamente à influência que este acórdão poderá ter na solução a dar à questão em apreço, há que convir que, embora o pacto atributivo de jurisdição a tribunais estaduais e a cláusula compromissória sejam figuras distintas, há entre elas apreciável similitude que só poderia ser ignorada para o efeito que aqui interessa, caso se demonstrasse que a opção pela arbitragem limita, de algum modo, os direitos ou garantias dos sócios relativos à obtenção de tutela jurisdicional, o que já se mostrou não ser o caso. Assim, não pode recusar-se, à partida, que a decisão do Tribunal de Justiça da CEE no caso *Petereit* possa ter alguma relevância para solução da questão em análise.

No entanto, o seu valor persuasório para este efeito é limitado, não só por causa das particularidades do caso que esteve na base dessa decisão do T.J.²⁹, mas também porque os requisitos de forma estabelecidos para os pactos atributivos de jurisdição pelo art. 17.º da referida Convenção (e pelo ar. 23.º do Regulamento [CE] n.º 44/2001 do Conselho, de 22.12.2000, que substituiu aquela) são menos exigentes do que a “forma escrita”

²⁹ Salientando essas particularidades e as consequentes limitações que criam à transposição das conclusões que o TJ enunciou na decisão sobre proferida nesse caso, v. PERRY HERZFELD – ob. cit., pp. 305-306.

exigida por numerosas ordens jurídicas (incluindo a portuguesa) para a validade da convenção de arbitragem³⁰.

5.4. Em Espanha, antes das recentes alterações à Lei de Arbitragem adiante mencionadas, parte da doutrina defendia que a cláusula compromissória estatutária só podia obrigar quem a ela tivesse anuído, pelo que não vincularia os futuros sócios que a ela não quisessem sujeitar-se³¹. Outra parte da doutrina, embora aceitasse a oponibilidade da cláusula compromissória aos futuros sócios da sociedade, defendia que, face ao silêncio da lei sobre o assunto, uma tal cláusula só com o acordo unânime dos sócios podia ser incluída nos estatutos sociais³².

Em Itália, antes da reforma do contencioso judicial e arbitral em matéria societária, aprovada em 2003, a maioria da doutrina e jurisprudência já entendia que uma cláusula compromissória constante dos estatutos da sociedade vinculava também quem se tornasse sócio após a constituição desta e não tivesse, portanto, subscrito o acto constitutivo e estatutos iniciais³³.

Relativamente à introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, por deliberação tomada pela maioria requerida para as alterações estatutárias (contra oposição de alguns sócios), a maioria da doutrina e da jurisprudência italianas também já a considerava admissível, antes da mencionada reforma de 2003. Esta reforma, como veremos adiante (*infra* 5.5.3.), veio dissipar as dúvidas que subsistiam a respeito tanto desta questão como da anteriormente referida³⁴.

³⁰ Sobre justificação da exigência da forma escrita, v. o que adiante se diz sobre o assunto.

³¹ V, os autores citados em ANTONIO P. CRUZ BLANCO – *El arbitraje societario* – Comentario a la Ley de Arbitraje (Alberto de Martín Muñoz e Santiago Hierro Anibarro, *Coords.*), 2006. Marcial Pons, p.969.

³² FRANCISCO VICENT CHULIÁ – *Introducción al Derecho Mercantil* – 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 381.

³³ FRANCESCO GENNARI – *L' Arbitrato Societario*- 2009, Padova, Cedam, p.90, nota 81; MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO (dir.) – *Comentario Breve al Diritto dell 'Arbitrato Nazionale ed Internazionale* – 2010, Padova, Cedam, p. 414 e os autores aí citados.

³⁴ V. FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, p. 101-104; MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 415.

5.5. Nalgumas ordens jurídicas em que o regime da arbitragem foi, nos últimos dez ou quinze anos, objecto de reformas, como a alemã, a austríaca, a italiana e a espanhola, a matéria dos requisitos de validade formal da cláusula compromissória estatutária conheceu importantes alterações legislativas que vierem dar solução a todas ou a algumas das questões acima enunciadas. Vale a pena fazer uma breve descrição de tais alterações.

5.5.1. No direito alemão, a arbitragem pode assentar ou numa “convenção de arbitragem” – seja na modalidade de cláusula compromissória (*Schiedsklausel*) seja na de compromisso arbitral (*Schiedsabrede*), ambos previstos no §1029 (2) do Código do Processo Civil (ZPO), para a qual o §1031³⁵ estabeleceu requisitos de validade formal que, embora seguindo de perto o disposto no art. 7.º da Lei Modelo da UNCITRAL, introduziram maior flexibilidade na exigência de forma escrita neste estabelecida³⁶ – ou numa “disposição não baseada em convenção” nos termos do disposto no § 1066 do ZPO³⁷.

Segundo a jurisprudência do BGH, que tem a concordância da maioria da doutrina alemã, uma cláusula arbitral inserida nos estatutos de uma sociedade comercial de pessoas (*Personenhandelsgesellschaften*)³⁸, tem a natureza de convenção de arbitragem, na acepção prevista e regulada nos

³⁵ Estes §§ pertencem ao Livro 10 (§ 1025 a 1066) do Código do Processo Civil (ZPO), na redacção resultante da reforma que entrou em vigor em 1.01.1998

³⁶ Dando relevância, em certa medida, ao silêncio de uma das partes, que valerá como aceitação de um documento recebido da outra parte ou de terceiro, contendo a cláusula arbitral, se tal for conforme com os usos comerciais; v. § 1031 (2) do ZPO.

³⁷ § 1066: “Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend”. Na versão inglesa, da responsabilidade da DIS, este parágrafo tem o seguinte teor: “The provisions of this Book apply mutatis mutandis to arbitral tribunals established lawfully by disposition on death or other dispositions not based on an agreement”; e na versão francesa: “Les dispositions du présent livre s’appliquent également aux tribunaux arbitraux légalement désignés par voie testamentaire ou selon d’autres dispositions n’émanant pas d’un contrat”.

³⁸ Em que se destacam as *offene Handelsgesellschaften (OHG)* – correspondentes às sociedades em nome colectivo do direito português – que, segundo o entendimento bem firmado da jurisprudência alemã, a que adere a maioria da doutrina, são desprovidas de personalidade jurídica; sobre este tema v. A. MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, vol. II, pp. 129-134

§§ 1029 do ZPO, sendo qualificada como “cláusula arbitral contratual”. Daí se infere que só com o consentimento de todos os sócios pode a cláusula arbitral ser inserida nos estatutos de uma sociedade de pessoas. Tal qualificação poderia também inculcar que, uma vez inserida nos estatutos, esta cláusula só vincularia os futuros sócios que a ela aderissem expressamente. No entanto, os tribunais alemães têm considerado que uma tal cláusula arbitral é oponível a todos os que posteriormente ingressem na sociedade, por ser um elemento integrante da posição contratual de sócio, baseando esta solução na aplicação, por analogia, do § 401 do Código Civil Alemão (BGB) – correspondente ao art. 582.º do Código Civil português³⁹.

Diferentemente, as cláusulas arbitrais inseridas nos estatutos das sociedades de capitais, sejam elas sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*) ou sociedades por acções (*AktG*) são qualificadas como “disposições arbitrais estatutárias”, subsumíveis à previsão do §1066 do Código do Processo Civil (ZPO), o que as dispensa da observância dos requisitos de forma do §1031 do mesmo Código. Embora a específica natureza que aqui assume a cláusula compromissória estatutária justificasse uma menor exigência neste particular, a maioria da doutrina alemã entende que a introdução de tal disposição nos estatutos duma sociedade de capitais só é legalmente possível com o consentimento de todos os sócios. Um sector minoritário da doutrina defende, porém, que basta para este efeito a aprovação da maioria dos sócios⁴⁰.

Similarmente ao que se entende quanto às “cláusulas arbitrais contratuais” inseridas nos estatutos das sociedades de pessoas, mas por razões não coincidentes (não se invoca, neste caso, a aplicação analógica do §401 do BGB, por aqui não existir propriamente uma transmissão de posição contratual), também para os sócios que ingressem em sociedades de capitais cujos estatutos contenham “disposições arbitrais estatutárias”

³⁹ *Cfr.*, sobre esta matéria, CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes* cit., p. 1002-1003.

⁴⁰ *Cfr.*, sobre esta matéria, CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes* cit., p. 1004. A nosso ver, esta solução é a que melhor se harmoniza com a subsunção desta espécie de cláusulas arbitrais ao tipo previsto no § 1066 e a sua consequente subtracção aos requisitos de forma estabelecidos pelo § 1031 e, afinal de contas, com a assimilação (assumida pela doutrina) desta espécie de cláusulas arbitrais às demais disposições dos estatutos.

(i.e., subsumíveis à previsão do § 1066 do ZPO) têm os tribunais alemães decidido, com a concordância da doutrina, que elas vinculam os novos sócios, sem necessidade de expressa adesão ao seu conteúdo. Esta solução é fundamentada na consideração de tal disposição estatutária ser elemento integrante da participação social (do *status* de sócio), pelo que os direitos e obrigações dela emergentes se transmitem ao adquirente da participação social, juntamente com os demais direitos e obrigações que a integram⁴¹.

5.5.2. Muito influenciada pelo novo regime alemão da arbitragem aprovado em 1998, a nova lei de arbitragem austríaca – que, sendo integrada no Capítulo IV do Código do Processo Civil, entrou em vigor em 1 de Julho de 2006 – depois de, no n.º 1 do § 506, tratar das convenções de arbitragem (cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais) estabelecidas por acordo das partes, preceitua, no n.º 2 deste §, que as disposições desse Capítulo são aplicáveis aos tribunais arbitrais que se baseiam em disposições de estatutos de sociedades⁴². É muito significativo que, no n.º 2 (ao contrário do que acontece no n.º 1), não se fale em “convenção de arbitragem” ou em “cláusula arbitral”.

Assim, muito mais claramente do que acontece no § 1066 do ZPO alemão, prevê o § 581 (2) do ZPO austríaco que a arbitragem pode basear-se numa disposição estatutária que não emana dum acordo das partes. Importante corolário deste modo de conceber a cláusula arbitral incluída nos estatutos é a sua incontroversa oponibilidade aos sócios que

⁴¹ CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes*, cit. p. 1008; pode ler-se um resumo do debate travado na doutrina alemã sobre este tema, no estudo de Stefan Weber and Ewald Oberhammer, referido na nota seguinte.

⁴² § 581(2): “Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet warden”. Na versão inglesa publicada pelo *Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber* (VIAC), este parágrafo reza assim: “The provisions of this Chapter shall apply accordingly to arbitral tribunals that are, in a manner permitted by law, made by testamentary disposition or other legal transactions that are not based on agreements of the parties or that are provided by articles of incorporation”; e na versão francesa: “Les dispositions de cette section s’appliquent également par analogie aux tribunaux arbitraux valablement établis, au regard de la loi, par la voie testamentaire, ou par d’autres actes juridiques non fondés sur un accord des parties, ou encore par des statuts”.

ingressem na sociedade posteriormente à adopção da mesma e, por outro lado, a possibilidade de a sua introdução, por deliberação maioritária, vincular todos os sócios, incluindo os que votaram contra ela.⁴³

Dada a influência que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores alemães exercem na Áustria, encontra-se, na doutrina deste país, a mesma divisão de opiniões que existe na doutrina teutónica relativamente aos requisitos a que deve obedecer a deliberação de introdução da cláusula arbitral nos estatutos das sociedades de capitais, sendo que, também na Áustria, a maioria da doutrina se inclina para exigir que a adopção dessa disposição obtenha o consentimento de todos os sócios⁴⁴.

Os argumentos aduzidos na doutrina austríaca (em que, como dissemos, o debate acerca desta questão ecoa o travado na doutrina alemã), a favor da necessidade desse consentimento de todos os sócios, são os seguintes: a sujeição dos litígios intra-societários aos tribunais estaduais deve ser considerada como um direito especial do sócio, na acepção que este conceito tem no regime das sociedades de responsabilidade limitada e por acções; a renúncia ao acesso aos tribunais estaduais constitui uma renúncia ao juiz legalmente competente, sendo o núcleo essencial dos direitos dos sócios afectado por essa renúncia; o facto de o BGH alemão ter decidido, num acórdão de 6.04.2009, ser necessário, para este efeito, o consentimento unânime dos sócios.

Por seu turno, em defesa da suficiência de uma aprovação maioritária, argumenta-se com o seguinte: o facto de quem se torna sociedade de responsabilidade limitada ou por acções, saber que se sujeita a deliberações tomadas por maioria; a inferência (feita por alguns autores) da legitimidade de adopção da cláusula arbitral mediante deliberação maioritária a partir do paralelo existente, neste ponto, entre o direito sucessório e o direito das sociedades; a circunstância de o sócio vencido na votação dessa deliberação poder impugnar esta; o facto de ser voluntária a aquisição e a manutenção da qualidade de membro de uma sociedade, podendo os sócios discordantes transferir livremente as suas participações

⁴³ STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies – in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2010*, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2010) pp. 25-41

⁴⁴ STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER – ob cit., pp. 36-38

e, portanto, deixar a sociedade se não quiserem submeter-se à cláusula compromissória introduzida no estatutos por deliberação maioritária⁴⁵.

5.5.3. As questões acima enunciadas que, com dissemos, são objecto de laboriosa análise no âmbito dos direitos alemão e austríaco, foram globalmente enfrentadas e resolvidas pelo legislador italiano através do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, que estabeleceu um novo regime do contencioso judicial e arbitral para os litígios societários.

Dispõe o art. 34 (6) deste diploma que a alteração dos estatutos de sociedades que vise neles introduzir uma cláusula compromissória ou suprimir a que deles conste, pode ser aprovada por maioria (mais elevada do que a requerida para as demais alterações estatutárias) de dois terços dos votos correspondentes ao capital social, atribuindo-se, porém, aos sócios discordantes o direito de se exonerarem da sociedade nos noventa dias seguinte a essa alteração⁴⁶.

Por outro lado, relativamente à questão (relacionada com esta e também debatida na doutrina alemã e austríaca) da oponibilidade a futuros sócios da cláusula compromissória constante dos estatutos, o art. 34 (3) do mesmo Decreto Legislativo preceitua que ela é vinculativa “para sociedade e para todos os sócios, incluindo aqueles cuja qualidade de sócio é objecto de controvérsia”⁴⁷.

⁴⁵ V. o resumo destes argumentos no estudo de STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER – *ob. cit.*, p. 37.

⁴⁶ A constitucionalidade da nova lei, ao permitir a inclusão da cláusula compromissórias nos estatutos, por deliberação tomada por maioria qualificada, foi questionada por alegada violação do princípio consignado do art. 25.º da Constituição Italiana, que condiciona a renúncia ao juiz natural estadual a uma expressa manifestação de vontade a favor da arbitragem. A atribuição do direito de exoneração aos sócios discordantes visou afastar (sem o conseguir completamente) as referidas dúvidas quanto á constitucionalidade desta solução legislativa. Sobre esta discussão, v. FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.* p. 102-105; MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 415.

⁴⁷ Vale a pena referir que, por força do art. 34 (4) do citado Decreto Legislativo, a cláusula compromissória estatutária que pelo seu teor abranja os membros dos órgãos da sociedade, será vinculativa para estes, por efeito da mera aceitação dos cargos para que foram designados, sem necessidade de uma expressa adesão destes a essa cláusula.

5.5.4. Embora ainda tenha poucos anos de vigência, a lei de arbitragem de Espanha (Lei 60/2003, de 23 de Dezembro) foi recentemente objecto de diversas alterações, algumas das quais dizem respeito à arbitragem de litígios societários.

O novo artigo 11 *bis* desta lei, depois de, no seu n.º 1, tornar claro que as sociedades de capitais⁴⁸ podem submeter a arbitragem os conflitos que nelas se suscitem, dispõe, no seu n.º 2, que introdução nos estatutos sociais de uma cláusula compromissória requer o voto favorável de, pelo menos, dois terços dos votos correspondentes ao capital social.

6. Para se equacionar adequadamente as questões acima enunciadas (v. *supra* 5. e 5.1.), convém dar conta do profundo debate que tem tido lugar na doutrina brasileira em torno do § 3.º do artigo 109.º da Lei das Sociedades Anónimas (L.S.A.) deste país.

Neste artigo, depois de, no seu corpo, se enumerarem os direitos dos accionistas que são inderrogáveis pelos estatutos ou por deliberação da assembleia geral e de, no seu § 1.º, se preceituar que as acções de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares, nos §§ 2.º e 3.º dispõe-se o seguinte:

“§ 2. Os meios, processos ou acções que a lei confere ao accionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.

§ 3. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os accionistas e a companhia, ou entre os accionistas controladores e os accionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem nos termos em que especificar.”

A doutrina brasileira entende pacificamente que o § 2.º deste artigo reafirma a garantia essencial de os accionistas de recorrerem ao Poder Judiciário para, através dos meios – processos e acções – que a lei lhes confere, assegurarem os seus direitos, garantia essa que decorre do inc.

⁴⁸ A referência específica feita neste artigo às “sociedade de capitais” explica-se pelo facto de só quanto a estas se colocarem as questões enunciadas em 5. e 5.1 *supra*. Com efeito, nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades comandita é, em princípio, necessário o consentimento de todos os sócios para a alteração dos respectivos estatutos, pelo que nelas, em regra, não se põe a hipótese de se introduzir nos estatutos uma cláusula compromissória contra a vontade de um ou alguns sócios.

xxxv do art. 5.º da Constituição Federal Brasileira (C.F.)⁴⁹. Há, contudo, divergência quanto à incidência que esta garantia constitucional tem na arbitragem.

Para alguns autores, como Modesto Carvalhosa, a renúncia a esta garantia constitucional (traduzida na opção pela arbitragem) tem carácter personalíssimo, não se transmitindo aos accionistas que não renunciarem expressamente a esse direito constitucionalmente assegurado e societariamente reiterado no § 2 do ar. 109.º da L.S.A..

Para outros autores, como Pedro Baptista Martins e Carlos Augusto da Silveira Lobo, aquela disposição da C.F. não consagra um “monopólio” do Poder Judiciário para solucionar conflitos, de que a arbitragem constituiria excepção; essa disposição constitucional estabeleceu tal garantia, não mediante a monopolização da prestação jurisdicional pelo Estado, mas sim colocando o Poder Judiciário à disposição de todos para apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito. Vala a pena examinar os argumentos de cada uma destas posições.

6.1. Dado que, por um lado, a garantia de recurso à jurisdição estadual tem assento constitucional, o que, segundo este autor, exige uma declaração expressa por quem a ela queira renunciar, e que, por outro lado, a arbitragem tem como fundamento essencial a vontade das partes, defende Modesto Carvalhosa⁵⁰ que a cláusula compromissória inserida no estatuto vincula apenas os *fundadores* da sociedade (que a aprovaram na sua constituição), *os accionistas que, aprovando posteriormente* uma alteração a esse estatuto que inclua neste uma cláusula compromissória, renunciem ao direito especial prescrito no § 2 do art. 109.º da L.S.A. e ainda os *accionistas derivados que*, adquirindo acções da sociedade durante a vida desta, *adiram expressamente* à cláusula compromissória estatutária. Para este autor, a cláusula compromissória incluída no estatuto vincula somente a *sociedade* (que, por definição, é vinculada pelo que os seus estatutos estabeleçam) e os *accionistas que expressamente concordaram com essa substituição do foro judicial pelo arbitral*.

⁴⁹ Que preceitua: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

⁵⁰ Comentário à Lei das Sociedades Anónima – 2.º Volume (arts. 75.º a 137.º), 2003, Editora Saraiva, S. Paulo, pp. 300-324.

Segundo Modesto Carvalhosa⁵¹, a cláusula compromissória estatutária é um *pacto personalíssimo* que não se transmite por sucessão ou cessão à pessoa do sucessor ou cessionário. Não sendo uma norma organizativa da sociedade e não adquirindo carácter associativo, ela não é, por isso, oponível aos accionistas que não votarem favoravelmente a sua adopção no estatuto e que não aderiram posterior e expressamente aos seus termos, em conformidade com o disposto no § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem brasileira⁵².

Para este autor, a cláusula compromissória constitui um *pacto parasocial* entre a sociedade, os seus fundadores e os demais accionistas que aprovaram a sua inclusão (votando a favor da alteração estatutária a isso destinada) ou que expressamente aderiram aos seus termos, restringindo-se os efeitos e a obrigatoriedade deste pacto aos accionistas estipulantes. Tal cláusula não vincula, portanto, nem os accionistas actuais, que não subscreveram este pacto parassocial estatutário, nem os accionistas que posteriormente ingressam na sociedade, sem expressamente aderir àquela.

A cláusula compromissória estatutária não se confunde, segundo o autor, com as *cláusulas organizativas* constantes do estatuto social, pois é um *negócio jurídico autónomo* relativamente a este. Dada a sua natureza, a adesão à cláusula compromissória não se transmite aos sucessores *mortis causa* nem aos adquirentes das acções a qualquer título, assim como não vincula os novos accionistas subscritores de aumentos de capital.

Pela mesma razão, os *administradores da sociedade* só são vinculados pela cláusula compromissória estatutária se a ela aderirem expressamente.

Para Modesto Carvalhosa, há analogia entre a cláusula compromissória estatutária e as cláusulas restritivas da transmissibilidade das acções que, quando introduzidas por alteração dos estatutos, só se aplicam às acções cujos titulares lhe derem o seu expresse assentimento⁵³, sendo que, para este autor, essas cláusulas também não constituem normas

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 314

⁵² Disposição que, referindo-se à cláusula compromissória em contratos de adesão, preceitua que esta “só tem 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 requerimento, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

⁵³ De acordo com o art. 36.º da L.S.A. brasileira, que tem paralelo no art. 328.º, n.º 3, do C.S.C. Português.

estatutárias organizativas, tendo antes natureza análoga à dos acordos de accionistas previstos no art. 118.º da L.S.A. (que prevê e regula os acordos parassociais).

6.2. A opinião defendida por Modesto Carvalhosa, atrás resumida, é contrariada por outros ilustres juristas brasileiros, como Pedro Baptista Martins⁵⁴ e Carlos Alberto da Silveira Lobo⁵⁵. Damos, seguidamente, conta do essencial da argumentação do segundo.

Começa este autor por contestar que o citado princípio consignado no inc. XXXV do art.º 5.º da Constituição Federal Brasileira consagre implicitamente a ideia de que o recurso à arbitragem tenha o carácter de renúncia a uma garantia constitucional⁵⁶, uma vez que a cláusula compromissória estatutária em nada implica uma diminuição de direitos ou garantias dos sócios. Aquele artigo da Constituição Federal não consagra um monopólio do Poder Judiciário, do qual a arbitragem constituiria excepção. A resolução de conflitos por arbitragem é alternativa legítima e eficaz à prestação jurisdicional do Estado; exclui a jurisdição estatal, mas substitui-a por juízo equivalente.

A estipulação nos estatutos da sociedade anónima de que os litígios entre os accionistas e a sociedade e entre os accionistas controladores e os accionistas minoritários serão solucionados mediante arbitragem, é perfeitamente compatível com aquele princípio constitucional, pois, no subsistema jurídico das sociedades anónimas, os accionistas manifestam a sua aceitação a todas as disposições dos estatutos, quando adquirem acções, seja por subscrição seja por compra no mercado secundário.

A sociedade anónima é constituída por um contrato associativo (ou plurilateral) que cria uma organização destinada a durar e que se distingue nitidamente dos contratos de troca. Ao contrário destes, em que as

⁵⁴ *A arbitrabilidade subjectiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anónimas* – disponível em www.batistamartins.com.br

⁵⁵ *A Cláusula Compromissórias Estatutária* – Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22 (Julho-Setembro de 2009), pp. 11-32; e *A Cláusula Compromissórias Estatutária (II) (Anotações adicionais)* – Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 27 (Out. – Dez. 2010), São Paulo, Editora dos Tribunais, pp. 46-55.

⁵⁶ Que, segundo os defensores da tese contrária, teria de ser manifestada pelas partes de forma expressa, directa e inequívoca.

partes se contrapõem trocando prestações, naqueles, as prestações das partes dão origem a uma actividade ulterior que constitui a finalidade do contrato que, para esse fim, cria uma organização perene. O contrato que cria e regula o funcionamento de uma sociedade anónima é, além disso, um contrato aberto, porque as portas da relação contratual estão sempre abertas para a entrada e saída de partes.

Assim, a transferência de acções implica necessariamente a transferência dos direitos e obrigações que compõem o *status* de sócio e estão consolidados no estatuto social publicados e registados. Os direitos e obrigações dos sócios previstos em normas de direito objectivo (*i.e.*, de aplicação geral, pois definem, impessoalmente, a posição jurídica dos accionistas) constantes do estatuto, incorporam-se na acção e com ela circulam, transferindo-se aos sucessivos titulares pelo facto de serem parte integrante da coisa transmitida e não pelo efeito de qualquer adesão expressa ao que no estatuto foi estabelecido.

Por outro lado, nas sociedades anónimas vigora imperativamente o princípio maioritário (que não é específico destas, pois existe também nas deliberações tomadas por outros grupos sociais), que impede que para qualquer alteração do seu estatuto, por mais relevante que seja, se exija a unanimidade, salvo quando a lei o preveja.

Contra o defendido por Modesto Carvalhosa, Carlos da Silveira Lobo sustenta que a cláusula de arbitragem inserida no estatuto não é um pacto parassocial. Esta figura caracteriza-se por, mediante acordo celebrado à margem do contrato de sociedade e do estatuto, os sócios regularem a forma de exercer os direitos e cumprir as obrigações inerentes ao *status* de sócio e obrigarem-se a realizar prestações suplementares relativas à empresa objecto de sociedade. Os pactos parassociais, ao contrário do estatuto, não criam normas objectivas de aplicação geral: conferem direitos subjectivos e impõem obrigações a quem neles for parte. As cláusulas compromissórias que os pactos parassociais possam conter, obedecendo aos requisitos do art. 4.º da lei de arbitragem brasileira, distinguem-se da cláusula compromissória estatutária prevista no § 3.º do art. 109 da L.S.A.

Porque a sua inclusão no contrato de sociedade não altera substancialmente as condições essenciais deste nem restringe os meios e processos de que accionista carece para a protecção dos seus direitos, a

cláusula compromissória estatutária pode ser inserida no estatuto e dele ser eliminada pela maioria requerida para outras alterações estatutárias, não tendo de ser objecto de adesão expressa, para que quem não haja votado a favor da sua adopção fique por ela vinculado.

Para este autor, é errado conceber a inclusão da cláusula compromissórias no estatuto como um negócio entre a sociedade, enquanto autora da proposta de alteração estatutária e os accionistas presentes na assembleia que, ao votarem a favor dessa alteração, aceitariam a convenção de arbitragem nela incluída e ficariam por esta vinculados, ao invés do que aconteceria em relação aos accionistas dissidentes e ausentes, para os quais faltaria a segunda etapa da formação do contrato, *i.e.*, a aceitação.

Ora, não é o voto emitido na assembleia em que se aprova a inclusão no estatuto da cláusula compromissória que vincula tal accionista aos efeitos desta. Ao votar na assembleia, o accionista, como integrante de um órgão de sociedade, contribui para a formação da vontade social; não manifesta o seu consenso de se submeter àquela cláusula. Se o accionista que votou favoravelmente a inclusão da cláusula compromissória nos estatutos, for considerado como vinculado por ela, não será por força do seu voto, mas sim pela aplicação do princípio da boa-fé objectiva (proibição do *venire contra factum proprium*). Portanto, não pode concluir-se que o voto favorável obriga o accionista e que o voto desfavorável o desobriga.

7. Feito esta breve descrição do tratamento que as questões acima enunciadas obtêm noutras ordens jurídicas, vejamos que respostas devem elas ter no âmbito do direito português.

7.1. Perante o direito português, a validade da convenção de arbitragem (seja uma cláusula compromissória seja um compromisso arbitral) depende do cumprimento dos requisitos de forma estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 2.º da LAV.

De acordo com estas disposições, a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, considerando-se que cumpre este requisito quando conste ou de documento assinado pelas partes ou de troca de cartas, *telex*, telegramas ou outros meios de telecomunicações de que fique prova escrita, quer esse instrumentos contenham directamente a convenção, quer

deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção de arbitragem esteja contida⁵⁷.

Resulta destas disposições que a convenção de arbitragem não tem de constar dum texto assinado por todas as partes, mas é necessário que as declarações pelas quais estas se vinculem a fazer dirimir por arbitragem um litígio actual ente elas existente ou os litígios que possam vir a resultar da uma determinada relação jurídica, tenham *forma escrita* (o que não significa que tenham de ter um suporte de papel, pois que podem ter suporte magnético ou electrónico que ofereça a mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação daqueles documentos)⁵⁸.

Por outro lado, quando a sujeição à arbitragem consta, não do próprio documento (escrito, nesta acepção lata) mediante o qual se manifestou a vontade das partes, mas de outro documento para os qual aquele remeta, é necessário que essa remissão para o outro documento donde conste a convenção de arbitragem se faça de modo que ambas as partes tenham ou devam ter consciência de que, por essa via, se vinculam a tal convenção⁵⁹.

Da referida imposição da lei portuguesa, de que a convenção de arbitragem tenha forma escrita, poderia ser-se levado a concluir que quem se torna sócio de uma sociedade em momento posterior à sua constituição, adquirindo ou subscrevendo partes do seu capital, não fica vinculado por uma cláusula compromissória constante dos seus estatutos. Isto, porque

⁵⁷ Não difere substancialmente do art. 2.º da actual LAV, o que se preceituou no artigo 2.º dos Projectos de Nova LAV apresentados, em 2009, 2010 e 2011, pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem, sobre os requisitos de validade formal da convenção de arbitragem.

⁵⁸ É este o entendimento autores portugueses que mais atentamente têm estudado esta temática, como LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *ob cit* , pp. 99-100; DÁRIO MOURA VICENTE – *A manifestação de consentimento na convenção de arbitragem* – Direito Internacional Privado – Ensaio, vol. II, 2005, Coimbra, Almedina pp. 373-375.

⁵⁹ É o que tem defendido a doutrina portuguesa da especialidade, em face do disposto no artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da LAV; *cfr.*, neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *ob. cit.*, p. 94, e Dário Moura Vicente – *ob. cit.*, p. 382-383. Este último autor defende, contudo, que basta uma referência *genérica* ao documento donde consta a convenção de arbitragem, não sendo necessário que seja feita especificamente a esta, contanto que o documento para que se remete haja sido comunicado à parte a quem essa convenção é oposta. Para DÁRIO MOURA VICENTE, a exigência da “forma escrita” da convenção de arbitragem reside na preocupação sentida pelo legislador de que as parte *ponderem devidamente* as consequências da sua opção, que se traduz no afastamento da jurisdição dos tribunais estaduais.

a transmissão de partes sociais, mesmo quando deve fazer-se mediante escrito assinado pelo transmitente e pelo transmissário, não é, em regra, acompanhada de remissão para a cláusula compromissória porventura existente nos estatutos nem de qualquer menção que valha como aceitação, ao menos implícita, dessa cláusula (v. para as sociedades em nome colectivo, o art. 182.º, n.º 2, e, para as sociedades por quotas, o art. 228, n.º 1, ambos do C.S.C.).

Por maioria de razão tal conclusão valeria para as sociedades anónimas, visto que a transmissão de acções, qualquer que seja a forma da sua representação (escriturais, tituladas nominativas ou tituladas ao portador), não requer uma declaração escrita do transmissário (v. arts. 80.º, 91.º, 101.º, 102.º e 105.º do Código de Valores Mobiliários).

Também na subscrição de partes sociais através de aumentos do capital de sociedades de qualquer tipo, não há lugar ou oportunidade para que quem por essa via adquira partes de capital faça, por escrito, referência à cláusula compromissória existente nos estatutos ou somente a estes.

Assim sendo, segundo este modo de ver as coisas, faltaria uma convenção de arbitragem capaz de vincular quem, não sendo sócio na data em que a cláusula arbitral foi incluída nos estatutos, só posteriormente viesse a adquirir essa qualidade.

Ainda mais contestável, na mesma óptica, seria a validade da inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos, mediante a sua alteração aprovada por maioria ou, pelo menos, a obrigatoriedade de tal cláusula para os sócios que não tivessem participado na votação dessa alteração estatutária ou contra ela houvessem votado. Não tendo esses sócios dado o seu consentimento para a sujeição dos litígios intra-societários a arbitragem, não lhes seria oponível o disposto nessa cláusula compromissória que só vincularia os sócios que a tivessem aprovado e os que expressamente a ela viessem a aderir.

7.2. Embora os argumentos enumerados no número anterior possam impressionar, é noutro sentido que propendemos a responder às questões acima enunciadas.

Começamos por exprimir concordância com as observações de Carlos da Silveira Lobo sobre a especificidade do contrato de sociedade⁶⁰ decorrente da sua natureza de *contrato associativo*, em que as partes não se contrapõem, trocando prestações, como nos contratos bilaterais, mas têm todas um objectivo comum a realizar mediante a sua participação na organização perene criada para esse fim⁶¹.

Subscrevemos também a visão do contrato de sociedade e dos estatutos que dele fazem parte, como um corpo de normas gerais e objectivas destinadas a reger a composição e funcionamento da organização por eles criada e bem assim as relações entre os sócios ou entre estes e a sociedade. Apesar da sua origem contratual, os estatutos constituem um quadro normativo objectivo capaz de regular múltiplas actuações subsequentes, de observância obrigatória pelos sócios presentes e futuros. Consequentemente, quem ingresse na organização societária, manifesta *ipso facto* a vontade de aceitar as disposições dos respectivos estatutos: não só as existentes no momento da aquisição da participação, mas também aquelas que futuramente ali sejam introduzidas, por deliberação da maioria e segundo os procedimentos previstos na lei.

A cláusula compromissória inserida nos estatutos tem natureza similar à das outras disposições que daqueles fazem parte, sendo incorrecto qualificá-la como “pacto parassocial personalíssimo”, pelo qual as respectivas partes renunciariam à garantia constitucional de acesso aos tribunais do Estado para defesa dos seus direitos e interesses enquanto membros da sociedade. Também neste ponto parece acertada a crítica de Silveira Lobo à tese de Modesto Carvalhosa⁶².

A disposição estatutária que impõe que os litígios intra-societários sejam resolvidos por via da arbitragem traduz a opção colectiva da socie-

⁶⁰ Embora esse autor brasileiro tenha em vista o contrato de sociedade e o estatuto de sociedade anónima (“companhia”), o essencial do que ele refere a este respeito vale também para o contrato de sociedade e estatuto dos restantes tipos societários.

⁶¹ Isto mesmo é acentuado pela doutrina portuguesa; por exemplo, ANTÓNIO MENESES CORDEIRO (*ob. cit.*, p. 442) escreveu, este respeito: “Na sociedade não há prestações recíprocas, antes uma actuação conjunta ou confluyente, com uma estruturação normativa para futuras actuações” (...) “um pacto social não regula, simplesmente um delimitado círculo de interesses entre as partes que o concluem; ele antes fixa – ou pode fixar um quadro normativo capaz de regular múltiplas situações subsequentes”.

⁶² *Obs. cits.* (v supra 6.2.)

dade por um método de resolução de litígios (entre os sócios ou entre estes e a sociedade ou os seus órgãos) considerado como mais eficiente do que o recurso à jurisdição estadual – opção que é inegavelmente do interesse da organização do grupo societário e é um instrumento do bom funcionamento deste⁶³.

Por outro lado, a adopção da cláusula compromissória estatutária não implica uma diminuição da protecção dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos ou dos direitos destes e daquela perante os sócios. Com efeito, é a própria Constituição da República Portuguesa que qualifica os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, o que implica a equivalência da jurisdição arbitral à exercida pelos tribunais estaduais, estando ambas sujeitas ao mesmo conjunto de garantias que integram o conceito de “processo equitativo” constante do art. 20.º, n.º 4, da Constituição.

Acresce que, como realçámos noutro escrito⁶⁴, quando se submete à arbitragem a resolução dos litígios emergentes de uma relação jurídica, não se faz mais do que *configurar* de outra forma (permitida por lei) *o direito da acção* enquanto dimensão processual que todo o direito subjectivo comporta⁶⁵.

⁶³ CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO – *A Cláusula Compromissórias Estatutária* – Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22 (Julho-Setembro de 2009), pp. 19-20; e FRANCESCO GENNARI – *ob cit.*, p. 104. Convergindo com o que se diz no texto, escreveu Francesco Gennari (com referência ao complexo normativo criado com base no contrato de sociedade e no estatutos que dele fazem parte) que “todas as cláusula estatutárias, incluindo a compromissória, desempenham um papel específico de disciplina e justiça do grupo, que só pode ser lido em combinação com o resto da disciplina social, em que o fim superior da prossecução do interesse do ente colectivo faz evidentemente passar para segundo plano a tutela dos interesses dos indivíduos” (*ob cit.*, pp. 103).

⁶⁴ *A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral* – Revista da Ordem dos Advogados – ano 68, T. I (Janeiro, 2008), pág. 353-378. Tendo particularmente em vista a oponibilidade ao cessionário do crédito, da cláusula compromissória incluída no contrato donde aquele emerge, escrevemos nesse artigo, seguindo a lição de PIERRE MAYER, que “toda a relação jurídica comporta uma dimensão substantiva e uma dimensão processual que normalmente não são separáveis. É a dimensão processual do direito e da relação em que este se integra que é *configurada* pela cláusula arbitral, de modo que o direito de acção passa a só poder ser exercido por via da arbitragem.” (*ob. cit.*, p. 363).

Do que antecede resulta que quem adquire uma participação societária adquire necessariamente os direitos e obrigações que compõem o *status* de sócio, tal como estão plasmados nos estatutos e na lei, incluindo a específica *configuração* da dimensão processual desses direitos operada pela cláusula compromissória estatutária, sem que o adquirente dessa participação tenha de aderir expressamente a cada uma das disposições desses estatutos e sem que possa a elas subtrair-se.

É inquestionável que, quando os direitos que integram o *status* de sócio são alterados através de uma modificação estatutária regularmente deliberada, os sócios que não votaram a seu favor ficam vinculados por tal modificação. Ora, se o efeito da cláusula compromissória inserida nos estatutos é o de dar outra *configuração* à dimensão processual dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade ou os titulares dos seus órgãos bem como dos direitos daquela perante estes ou os sócios, há que concluir que o que vale para a modificação da dimensão material dos direitos dos sócios vale também para a da sua dimensão processual.

A cláusula compromissória incluída nos estatutos pelos sócios fundadores vincula estes, porque tal inserção se fez com plena observância disposto no art. 2.º, n.º 1 da LAV (“por documento assinado pelas partes). A partir de então, essa cláusula faz parte do quadro normativo interno, objectivo e impessoal que rege o funcionamento da organização societária, as relações entre os seus membros e entre estes e a sociedade e os seus órgãos, não sendo necessária a expressa adesão dos novos sócios ao estipulado nos estatutos e, em particular, à cláusula compromissória nestes incluída para que fiquem por esta obrigados.

Por outro lado, sendo o efeito da cláusula compromissória supervenientemente inserida nos estatutos o de *configurar o direito de acção* inerente aos direitos subjectivos dos vários intervenientes na vida interna da sociedade, direccionando-o para a jurisdição arbitral⁶⁶, essa configuração não pode deixar de vincular todos os sócios, mesmo os que hajam

⁶⁶ Porque, através do órgão através do qual se forma a vontade colectiva da sociedade, esse modo de resolução de litígios intra-societários foi considerado como mais adequado à prossecução do fim social.

votado contra essa alteração estatutária. Também aqui o princípio maioritário tem de prevalecer, como é de regra nas sociedades comerciais⁶⁷.

Respondendo assim às questões enunciadas, formulamos, contudo, o voto de que estes e outros temas que abordaremos adiante, geradores de especiais dificuldades para a arbitragem de litígios societários, venham a ter, na futura Lei da Arbitragem Voluntária, tratamento tão compreensivo como o que lhe deram as legislações estrangeiras atrás mencionadas⁶⁸, com destaque para o Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2005, de Itália, e para o novo art. 11-*bis* da lei de arbitragem espanhola.

8. Mesmo nas ordens jurídicas em que se admite a inserção nos estatutos, nos termos que ficaram explicados, de cláusulas compromissórias com a máxima extensão objectiva e subjectiva, a doutrina mostra grande relutância em admitir, não só *de jure condito* mas também *de jure condendo*, que, relativamente a sociedades cotadas em bolsa ou com capital largamente disseminado (as *public companies* ou *public corporations* dos sistemas anglo-saxónicos, correspondentes às “sociedades abertas” definidas no art. 13.º do Código de Valores Mobiliários), a vinculação a uma cláusula compromissória constante do seus estatutos resulte do mero acto de aquisição de um pequeno lote de acções. Na origem desta orientação, está a circunstância, empiricamente comprovável, de os pequenos investidores que adquirem pequenos lotes de acções dessas sociedades não fazerem usualmente uma investigação prévia sobre o conteúdo dos seus estatutos, o que torna artificioso inferir dessa aquisição uma adesão ao que eles esteja consignado⁶⁹.

⁶⁷ Sobre se nos casos com reduzida expressão prática em que a lei implicou a unanimidade, como acontece nas sociedades em nome colectivo; v. art. 194.º do C.S.C.

⁶⁸ V. o que dissemos em 5.5.1., 5.5.2., 5.5.3. e 5.5.4. *supra*.

⁶⁹ Como reconheceu G. RICHARD SHELL (citado por Perry Herzfeld – *ob. cit.*, p. 307), se o consentimento relativamente a cláusulas arbitrais constantes de estatutos de associações privadas cujos membros partilham interesses comuns pode ver-se como implícito no acto de ingresso na associação, o mesmo não poderá entender-se em relação aos accionistas de *public companies*, que não têm interesses profissionais, pessoais ou religiosos comuns em que se baseie a vontade de se sujeitarem a normas organizativas que sejam inerentes à qualidade de sócio. Assim, para este autor, seria “difícil inferir o consentimento de, literalmente, milhões de accionistas relativamente a uma cláusula arbitral estatutária, do mero facto de todo eles terem decidido comprar acções dessa sociedade”.

São, em grande medida, considerações desta natureza que explicam que, em diversas ordens jurídicas, a lei ou os tribunais excluem que através de cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos, se sujeitem a arbitragem os litígios que oponham os sócios entre si ou estes à sociedade e aos membros dos seus órgãos. É esse, entre outros, o caso dos direitos alemão e italiano e dos direitos dos estados federados dos EUA (nestes, em particular, quanto aos *derivative claims*)⁷⁰.

Razões adicionais contra a inclusão de cláusulas compromissórias nos estatutos de sociedade abertas são também a percepção de que a sujeição a arbitragem oferece menor protecção ao pequeno accionista do que a jurisdição estadual (pelo que só deve vincular aqueles que tenham aderido conscientemente a esta forma de resolução de litígios) e a ideia de que os pequenos accionistas têm, nas arbitragens societárias, uma posição desequilibrada face à contraparte (que é, em regra, o grupo accionista de controlo ou a sociedade por ele dirigida).

Sem menosprezar as razões de política legislativa que estão na base da não admissão das cláusulas compromissórias estatutárias relativas a litígios suscetíveis em “sociedades abertas”⁷¹, há que convir que, tendo em conta o que acima ficou dito, não são muito convincentes, no plano estritamente jurídico, os argumentos habitualmente aduzidos em apoio da não obrigatoriedade de tais cláusulas para os adquirentes de pequenos lotes de acções. E a verdade é que um número não desprecioso de sociedades deste tipo, incluindo algumas multinacionais com acções cotadas nas principais bolsas de valores do mundo, têm nos seus estatutos cláusulas compromissórias redigidas com grande latitude, tanto sob ponto de vista subjectivo como objectivo⁷².

⁷⁰ V. o referido sobre este ponto em 3. *supra*.

⁷¹ Para uma análise crítica destas razões, à luz da solução consagrada pelo Decreto Legislativo italiano de 17 de Janeiro de 2003, v. VALERIO SANGIOVANNI – *Some Critical Observations on the Italian Regulation of Company Arbitration* – *The American Review of International Arbitration*, New York, 2006, vol 17/2, pp. 281- 291.

⁷² V., por ex., a transcrição da cláusula compromissória constante dos estatutos (*articles of association*) da *Royal Dutch Shell PLC*, in PERRY HERZFELD – *ob. cit.*, pp. 326.328. Por se ter consignado nesta cláusula compromissória que o lugar das arbitragens por ela reguladas é a Haia, Holanda, a *lex arbitri* desta arbitragens é o direito holandês.

Importa recordar que a validade e a aplicabilidade dessas cláusulas compromissórias em relação a um concreto litígio dependerão da posição adoptada pela *lex arbitri*, pois que é esta que rege a arbitrabilidade do litígio.

Note-se também que a eventual inadmissibilidade da inserção nos estatutos de “sociedades abertas” de cláusulas compromissórias como as aqui examinadas não implica que litígios *actuais* surgidos no seio dessas sociedades não possam ser submetidos a arbitragem mediante um compromisso arbitral⁷³.

V) Requisitos de arbitrabilidade das acções de invalidade de deliberações sociais

a) Possibilidade de intervenção de terceiros

9. Entre as categorias de litígios intra-societários que podem ser submetidos à arbitragem, os que respeitam a acções de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações de órgãos sociais são os que suscitam maiores dificuldades.

Exprimimos acima a opinião de que as acções tendentes a fazer declarar a nulidade de deliberações sociais não são arbitráveis ao abrigo do art. 1.º, n.º 1, da nossa LAV, porque, nessas acções, o litígio versa sobre um direito indisponível⁷⁴. Referimos também que a idêntica conclusão têm chegado a doutrina e a jurisprudência no âmbito de outras ordens jurídicas que também delimitam o campo da arbitrabilidade em função do critério de “disponibilidade de direito controvertido”.

Se, numa futura lei de arbitragem, vier a adoptar-se um critério de arbitrabilidade que (nesta e noutras matérias) crie menos dificuldades do que o consagrado na LAV actualmente vigente – o que acontecerá

⁷³ Neste sentido, quanto ao direito alemão, v. BERNARD HANOTIAU – *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés* – Liber Amicorum Claude Reymond – 2004, Paris, Litec, p. 9; v., quanto ao direito italiano, FANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, p. 87, e Giorgio Barbieri e Enrico Bella – *Il Nuovo Diritto dell'Arbitrato*, 2007, Padova, Cedam, pp. 447-448 e nota 6

⁷⁴ V. 3. supra.

se se acolher o critério da “patrimonialidade do interesse em litígio”, como se propôs nos Projectos de Nova LAJ apresentados pela Direcção da A.P.A. ao Ministério da Justiça em 2009 e 2010, – as acções que visem a declaração de nulidade de deliberações sociais passarão a ser indubitavelmente arbitráveis.

Outros obstáculos enfrenta, porém, a possibilidade de sujeição a árbitros tanto das acções tendentes à declaração de nulidade de deliberações sociais quanto das que visem a sua anulação. É à análise desses obstáculos e da forma de os superar que passamos de seguida.

9.1. Uma acção de anulação de deliberação social proposta perante árbitros deve ser movida contra a sociedade, por força do disposto no art. 60.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que traduz um princípio geral de legitimidade processual relativo às acções de anulação ou declaração de nulidade das deliberações dos órgãos sociais que é, por isso, aplicável aos processos arbitrais com esse objecto⁷⁵. Isto, sem se ignorar que tais acções afectam os interesses de outros sujeitos, além dos accionistas que propõem a acção e da sociedade contra a qual é posta.

9.2. Entende-se pacificamente, na doutrina portuguesa, que o art. 61.º, n.º 1, do C.S.C., que estende a eficácia da decisão judicial proferida sobre a invalidade da deliberação social a todos os sócios e órgãos da sociedade, “mesmo que não tenham sido partes ou hajam intervindo na acção⁷⁶, constitui um caso de *extensão dos limites subjectivos do caso julgado*⁷⁷.

Como salienta Jorge Pinto Furtado, este artigo confere a tal sentença uma *eficácia geral* no seio da *sociedade* : a sentença, quer tenha optado pela subsistência da deliberação quer pela insubsistência, produz efeitos em relação a todos os *sócios* e aos *titulares dos órgãos sociais* (eficácia

⁷⁵ Como salienta JORGE PINTO FURTADO (*in* Deliberações de Sociedades Comerciais – 2005, Almedina, Coimbra, p. 829), a deliberação dos sócios deve ser considerada uma deliberação *da própria sociedade*, o que justifica que esta deva ocupar a posição de *demandada* nas acções de anulação ou de declaração de nulidade daquela.

⁷⁶ Neste sentido, v. J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, p. 808.

⁷⁷ J. P. REMÉDIO MARQUES – A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto – 2.ª ed., 2011, Coimbra Editora, Coimbra, p. 696.

erga omnes socios organaque societatis)⁷⁸. Por efeito daquele artigo, “a esses terceiros (na acepção de não serem sujeitos da relação processual estabelecida) se propaga o caso julgado entre outro sócio e sociedade a respeito da existência, eficácia e validade de uma deliberação, como lógico e naturalíssimo corolário de a deliberação, uma vez emitida, ser em princípio idónea para a produção de efeitos em relação a todos os sócios e órgãos sociais, vinculando todos por igual, mesmo aqueles que contra ela votaram (...) Ao verso de uma deliberação que se forma com eficácia geral, no seio da sociedade, contrapõe-se naturalmente o reverso da eficácia, também geral, do caso julgado sobre a sua existência, eficácia e validade; oponível à sociedade, sê-lo-á também, naturalmente aos seus sócios, mesmo não litigantes”⁷⁹⁻⁸⁰.

Em nossa opinião, a justificação ou *razão de ser*, no plano do direito processual, da extensão dos limites subjectivos do caso julgado das sentenças referidas no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C., reside na possibilidade que tinham os terceiros aos quais se estendem os efeitos do caso julgado daquela sentença, de participarem na acção em que foi proferida mediante uma das figuras de “intervenção de terceiros” previstas e regulados nos arts. 325.º a 329.º, 330.º a 333.º, 335.º a 341.º, 342.º a 346.º e 347.º a 350.º do C.P.C

Note-se que, para a lei, é suficiente a mera possibilidade de todos os sócios e órgãos da sociedade terem sido partes na acção respectiva ou terem vindo a intervir nela, para determinar que seja eficaz contra eles

⁷⁸ J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, pp. 805-806

⁷⁹ J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, pp. 814-815.

⁸⁰ PAULA COSTA E SILVA, em estudo recentemente publicado (*Arbitrabilidade e Tutela Colectiva das Deliberações Sociais – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Vol. IV, Almedina Coimbra, 2011, pp. 357- 391, e especificamente sobre este ponto, p. 389*), salienta que “seria incongruente aceitar que a deliberação fosse anulada ou declarada nula e que a decisão que decreta esse efeito tivesse eficácia restrita às partes na acção – v. g., um sócio e a sociedade – continuando, necessariamente, a considerar-se válida no confronto da sociedade e dos demais sócios”, o que coloca à disciplina das arbitragens que tenham por objecto aqueles pedidos desafios e dificuldades de difícil solução. A dimensão destas dificuldades, combinada com a incompletude do regime constante do Código das Sociedades Comerciais e aplicável à impugnação de deliberações sociais, leva esta autora a propor que se escolha um novo paradigma processual para o contencioso das deliberações sociais (*ob. cit.*, p. 391).

a sentença que anule ou declare nula a deliberação social – *cf.* o art. 61.º, n.º 1, *in fine*, do C.S.C.

9.3 Será o n.º 1 do art. 61.º do C.S.C. aplicável, por analogia, às acções que visem a anulação ou a declaração a nulidade de deliberações sociais e sejam intentadas perante árbitros?

Se for correcta a proposição que formulámos, de que a *razão de ser* do alargamento dos limites subjectivos de caso julgado consagrado no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C. reside na possibilidade que a lei processual civil oferece aos terceiros a que se estende a eficácia do caso julgado da sentença proferida nessas acções, de nestas intervirem, desenvolvendo aí actividade processual própria⁸¹, a resposta à questão acima enunciada dependerá de a lei reguladora da arbitragem (*lex arbitri*) ou a convenção de arbitragem (incluindo o regulamento para que ela remeta) admitirem a “intervenção de terceiros” em arbitragens em curso. E a extensão dos limites subjectivos do caso julgado resultante desta sentença arbitral dependerá da latitude com que a intervenção de terceiros (que, não sendo partes na arbitragem em curso, sejam partes da convenção de arbitragem⁸²) for admitida na arbitragem em curso, visto que é esta que justifica aquela.

A desconsideração da dependência lógica entre estes dois institutos implicaria uma grave violação do princípio fundamental da proibição da indefesa, que veda que quem seja titular de interesses que possam ser afectados por um processo em que não interveio por não lhe ser permitido, seja atingido pelo caso julgado da sentença nele proferida.

9.4 Argumentar com a automática transponibilidade dos institutos de direito processual civil (*e.g.*, a intervenção de terceiros) para arbitragem não vale, porque essa transponibilidade é de recusar A disciplina da arbi-

⁸¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA – Estudos sobre o Novo Código do Processo Civil, 1997, Lex, Lisboa, p. 588.

⁸² Este é um requisito indispensável para que um terceiro possa intervir numa arbitragem em curso, dado o facto de a jurisdição do tribunal arbitral ter como fundamento a convenção de arbitragem. É de notar que este requisito não implica que o terceiro seja parte inicial dessa convenção; basta que se torne subsequentemente parte dela, com o consentimento das outras partes da mesma.

tragem é uma forma de resolução jurisdicional de litígios que difere, em aspectos importantes, do processo vigente no tribunais estaduais, sendo hoje predominante na doutrina o entendimento que nega a aplicabilidade *em bloco* ao processo arbitral das normas e institutos do direito processual civil. É indubitável que o regime jurídico da arbitragem recebe daquele direito os conceitos e princípios fundamentais que regem todos os meios jurisdicionais de resolução de litígios, mas a aplicabilidade dos institutos do processo civil ao processo arbitral deve passar pelo crivo da sua necessidade para a eficiente disciplina do processo arbitral e da sua adequação à específica natureza da arbitragem, o que terá sempre de se apurar em relação a cada um deles⁸³.

Em particular, há que ter em atenção as diferenças decorrentes do âmbito universal da jurisdição dos tribunais estaduais e do carácter restrito da jurisdição dos tribunais arbitrais, que limitada aos sujeitos que sejam partes na arbitragem e a outros que, sendo partes da respectiva convenção, tenham intervindo ou tivessem podido intervir naquela.

9.5 Tem o maior interesse para o esclarecimento desta questão referir o tratamento que lhe tem dado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), iniciada por um acórdão de 29.03.1996 e consolidada, com fundamentação laboriosamente construída, por um subsequente acórdão, de 6.04.2009⁸⁴, que admitiu a arbitrabilidade das acções de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais⁸⁵ de sociedades de responsabilidade limitada (*Gesellschaften mit*

⁸³ Se for de concluir pela aplicação do n.º 1 do art. 61.º do C.S.C. às arbitragens que versem sobre as controvérsias neste referidas, nenhuma razão haverá para que não se aplique também (por analogia) a disposição contida no n.º 2 do mesmo artigo, que estabelece uma mitigação da extensão dos limites subjectivos do caso julgado imposta pelos vectores gerais do ordenamento jurídica nomeadamente, o princípio da boa fé e protecção da confiança. Sobre a razão de ser desta disposição, v. J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, p. 832; A. MENESES CORDEIRO – *ob. cit.*, p. 758-759.

⁸⁴ Acessível em <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/>

⁸⁵ Até ao acórdão do BGH de 29.03.1996, era orientação muito firme da jurisprudência dos tribunais alemães (acompanhada pela maioria da doutrina), a de considerar que estas acções não podiam ser decididas por árbitros. Naquele acórdão, o BGH deu, cautelosamente, um primeiro passo no sentido da admissão da arbitrabilidade destas acções, enunciando as principais condições que deveriam ser preenchidas para que tal fosse possível, mas, por entender que o cumprimento destas condições só poderia ser assegurado pelo

*beschränkter Haftung*⁸⁶), sob condição de a convenção de arbitragem preencher um conjunto de requisitos que podem resumir-se assim:

- (a) Ter esta convenção de arbitragem sido inserida nos estatutos da sociedade, com o consentimento de todos sócios, ou constar de documento separado e subscrito por todos os sócios e pela sociedade (“requisito da unanimidade”);
- (b) Estipulação (nessa convenção) de que a sociedade contra a qual é posta a acção, deve notificar todos os accionistas de que teve início o processo arbitral, de modo a permitir-se-lhes que nele intervenham, pelo menos, como assistentes (*Nebenintervenient*), devendo, também, nessa notificação, serem eles convidados a declarar, no prazo que se lhes for fixado, se querem intervir na lide ao lado do sócio que iniciou o processo ou ao lado da sociedade (“requisito da notificação”);
- (c) Atribuição a todos os sócios do direito de participarem na escolha dos árbitros⁸⁷, a menos que esta seja confiada a pessoa ou instituição neutral e definida *ex ante* na convenção de arbitragem; em alternativa, se uma parte do processo arbitral for constituída por vários sujeitos, estes deverão poder escolher o árbitro respectivo, por decisão maioritária (“requisito da imparcialidade”);
- (d) A convenção de arbitragem deve assegurar que todos os litígios sobre a validade deliberação sociais e relativos a idênticas questões de facto e de direito, serão decididos pelo mesmo tribunal arbitral (“requisito da concentração”)⁸⁸.

legislador, remeteu para este a solução da questão. No entanto, dado que o legislador optou por não regular esta matéria (na reforma do regime da arbitragem de 1998), devolvendo aos tribunais essa responsabilidade, o BGH acabou por ter de a assumir, o que fez através do seu acórdão de 6.04.2009.

⁸⁶ Que correspondem às sociedades por quotas portuguesas; é lícito presumir que esta jurisprudência venha a ser estendida às sociedades anónimas “fechadas”.

⁸⁷ Segundo o Acórdão em apreço, este é um requisito indispensável, porque serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente.

⁸⁸ Nas referências que no texto fazemos ao conteúdo deste acórdão, socorremo-nos da sua tradução para inglês e do comentário ao mesmo, da autoria dos advogados alemães Anja Mayer e Heiko Heppner (da sucursal alemã da firma de advogados *Clifford Chance*), publicado no n.º 24 (Janeiro-Março de 2010) da *Revista de Arbitragem e Mediação* (de São Paulo, Brasil). Estes autores assinaram também outro comentário mais resumido ao

Para assegurar o cumprimento deste último requisito, o BGH admitiu que se adoptasse uma de duas soluções: ou a cláusula arbitral estatutária designa os árbitros ou indica uma entidade neutral que efectuará essa designação ou contém uma disposição que impeça outro demandante de propor a acção de invalidade da deliberação perante um tribunal arbitral diferente; em qualquer caso, se a cláusula compromissória estatutária não designar os árbitros, tem de prever um processo especial para a sua escolha.

O que sobretudo determinou a prolação deste importantíssimo acórdão foi o facto de, dado o silêncio da lei de arbitragem alemã relativamente às condições de arbitrabilidade das acções de invalidade de deliberações sociais, o BGH ter entendido que tinha de formular os requisitos a preencher pela convenção de arbitragem para que as decisões proferidas em arbitragens com este objecto não vinculassem apenas quem nela tivesse sido parte, antes pudessem ver sua eficácia estendida a todos os outros sócios e aos membros dos órgãos das sociedades em causa, tal como, em relação às decisões dos tribunais estaduais que declarem a nulidade ou anulam deliberações sociais, determinam os §§ 248 (1) e 249 (1) da Lei das Sociedades Anónimas (*AktG*), que se considera aplicáveis à sociedade de responsabilidade limitada (*GmbH*).

Num seu anterior acórdão, datado de 29.03.1996, o BGH havia afirmado que a extensão⁸⁹ da eficácia do caso julgado das sentenças proferidas em acções de declaração de nulidade ou de anulação de deliberações sociais, por força do disposto nos §§ 248 (1) e 249 (1) da Lei das Sociedades Anónimas, assenta em dois pilares: (a) concentração, através da apensação, imposta pelo seu § 246 (3)⁹⁰, de todas as acções que versem sobre a invalidade da mesma deliberação social, para que sejam julgadas, em conjunto, pelo tribunal na circunscrição da sede da sociedade, evitando-se decisões judiciais contraditórias sobre a matéria; (b) a imposição a quem não seja parte no processo, do acatamento da decisão proferida, em virtude de esta ter sido preferida através de um

mesmo acórdão, publicado na edição de 03.09.2009 da Newsletter electrónica *International Law Office*.

⁸⁹ A todos os sócios e membros dos órgãos da sociedade, memo que essas pessoas não tenha sido partes na respectiva acção.

⁹⁰ Tal como se dispõe no art. 60.º, n.º 1, do C.S.C. português.

processo público, com estrita observância das garantias legalmente estabelecidas, por juízes independente e imparciais que aplicam objectivamente o direito. Na falta de normas legais que assegurassem o preenchimento dessas condições nos processos arbitrais, entendeu o BGH, naquele acórdão, que estes processos não reuniam condições que permitissem conferir às decisões neles proferidas *eficácia externa* equivalente à que caracteriza as sentenças dos tribunais estaduais nas referidas acções.

Pelo acórdão de 6.04.2009, o Supremo Tribunal veio alterar significativamente a sua anterior posição sobre esta matéria⁹¹. Em vez de negar – como implicitamente fizera no acórdão de 1996 – a equiparação do processo arbitral ao que corre perante os tribunais judiciais e a equivalência dos efeitos das decisões proferidas num e noutro sobre a invalidade de deliberações sociais, o Supremo Tribunal Alemão considerou agora que os litígios sobre a validade das deliberações das sociedades de responsabilidade limitada só podem ser decididos por arbitragem, se a convenção de arbitragem preencher determinados requisitos que garantam que o processo arbitral se desenrole por forma a assegurar tutela jurídica equivalente à proporcionada pelo tribunais ordinários, isto é, que os direitos processuais proporcionados, na arbitragem, a todos os sócios se conformam com certos padrões mínimos decorrentes do princípio do Estado de Direito (*Rechtstaatsprinzip*) e que a decisão arbitral proferida sobre essa matéria proporciona a todos os sócios a mesma protecção jurídica que o processo judicial oferece através do disposto nos §§ 248 (1) e 249 (1), 1.^a parte, da *AktG*⁹².

Em apoio do seu novo entendimento sobre a possibilidade de submissão a árbitros das acções de invalidade de deliberações de sócios de sociedades de responsabilidade limitada e sobre os requisitos que a convenção de arbitragem deve preencher para que se cumpra o supra-referido desiderato, o Supremo Tribunal Federal Alemão salientou que a convenção de arbitragem, como contrato processual que é, deve respeitar

⁹¹ V. o supracitado comentário da autoria ANJA MAYER e HEIKO HEPNER – *ob. cit.*, pp. 311-346; e também a anotação dos mesmo autores ao mesmo acórdão, publicado na edição de 03.09.2009 da Newsletter electrónica *International Law Office*.

⁹² Que determina que a sentença de um tribunal estadual que anule ou declare nula uma deliberação social vincula todos os sócios e membros dos órgãos sociais, mesmo que essas pessoas não tenham sido partes na acção.

o disposto no § 138 (1)⁹³ do Código Civil Alemão (BGB), sob pena de nulidade.

Segundo o acórdão em apreço, a convenção de arbitragem que tiver por efeito uma excessiva limitação da protecção jurídica é nula, por força do disposto no § 138 (1) do BGB, cuja função é assegurar a observância dos princípios fundamentais, incluindo o princípio constitucional do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), e impedir que eles sejam violados pelo que seria um abuso da liberdade de contratar.

Uma vez que princípio do Estado de Direito exige que, nos litígios de direito privado, seja assegurada às partes efectiva protecção jurídica, não podem as regras jurídicas que proporcionam tal protecção ser afastadas por contrato, salvo em aspectos que não sejam de substância. Por conseguinte, se a convenção de arbitragem tiver por efeito colocar uma parte em injustificada desvantagem, nomeadamente, por causa dos efeitos legais da sentença arbitral, essa cláusula arbitral será contrária aos bons costumes (*gute Sitten*) e será, portanto, nula.

Partindo destas considerações, o BGH enunciou os sobreditos requisitos que a cláusula compromissória estatutária deve preencher, determinando que são todos necessários para assegurar o cumprimento das exigências de protecção jurídica decorrentes do §138 (1) do Código Civil, as quais, aplicadas ao caso *sub judice*, implicam que o processo arbitral e a decisão nele proferida proporcionem padrões de protecção jurídica equivalentes aos que determinados pelos §§ 246 (3), 248 (1) e 249 (1), 1.^a parte, da *AktG* relativamente às acções de invalidade de deliberações sociais instauradas perante os tribunais estaduais⁹⁴.

⁹³ Este § dispõe que “um negócio jurídico que seja contrário os bons costumes (*gute Sitten*) é nulo”. Dado que no BGB não se distingue (ao contrário que acontece no Código Civil português) entre “ordem pública” e “bons costumes”, o conceito de *gute Sitten*, no direito alemão, tende a abranger não só os princípios cogentes do ordenamento jurídico, que integram não só o que no direito português (e noutras ordens jurídicas) se designa por “ordem pública”, mas também o conjunto de regras ligadas à “moral social”, que correspondem ao que no direito português se designa por “bons costumes”. Como é bom de ver, a invocação dos *gute Sitten*, feita no acórdão do BGH apreciado no texto tem muito mais que ver com o conteúdo do conceito de “ordem pública” do direito português do que com aquilo que, no âmbito deste, integra o conceito de “bons costumes”. Sobre esta matéria, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – Teoria Geral do Direito Civil – Parte Geral – Tomo I, 3.^a ed., 2005, Almedina, Coimbra, p. 551.

⁹⁴ Embora este acórdão do BGH tenha sido proferida relativamente a uma cláusula arbitral inserida nos estatutos de um sociedade por quotas, o Presidente da Câmara Cível

A argumentação do BGH, fazendo derivar do princípio constitucional do Estado de Direito uma densificação do conteúdo preceptivo do princípio consagrado no § 138 (1) do Código Civil Alemão, de que extrai as referidas exigências a cumprir pela convenção de arbitragem, assim erigidas em requisitos de arbitrabilidade desta categoria de litígios intra-societários, foi logo criticada por alguns comentadores alemães⁹⁵. Não entraremos, contudo, nessa discussão que interessa sobretudo aos juristas e aos utilizadores da arbitragem de litígios societários regida pelo direito alemão

O que aqui importa realçar é que o preenchimento de (quase) todos os referidos requisitos a preencher pelas convenções de arbitragem respeitantes a esta categoria de litígios, é condição necessária para que às sentenças arbitrais que os decidam possa, em conformidade com a lei, ser reconhecida *eficácia geral no seio da sociedade*, como acima se explicou. Se isso não acontecer, a arbitragem constituirá inevitavelmente um método de resolução destes litígios menos eficiente do que o recurso aos tribunais estaduais, por não ser capaz de assegurar, de modo equivalente a este, a protecção dos direitos dos sócios e do interesse da sociedade em que as suas deliberações se tornem estáveis e imutáveis⁹⁶.

9.6 Também no regime italiano da arbitragem de litígios societários se estabelece uma clara ligação entre, por um lado, a *eficácia geral no seio da sociedade* (abrangendo a própria sociedade, os seus órgãos e todos os sócios, ainda que não tenham participado na arbitragem⁹⁷),

do BGH que o proferiu deu entender, em artigo publicado posteriormente numa revista jurídica, que o Tribunal Federal provavelmente viria a estender a doutrina deste acórdão a sociedades anónimas fechadas (isto é, não subsumíveis ao conceito correspondente ao de “sociedade aberta” do direito português).

⁹⁵ V. o supracitado artigo de ANJA MAYER e HEIKO HEPPNER, publicado no n.º 24 (Janeiro-Março de 2010) da Revista de Arbitragem e Mediação, pp. 338-345.

⁹⁶ O que, como realçou J. PINTO FURTADO, implica que “*aquele concreto vício* (da deliberação) que foi *discutido*, ou existe para todos no termos fixados pela *sentença* proferida na *acção* suscitada, ou também para todos não existe, se assim tiver antes sido decidido – ficando em ambos os casos precludida quanto a todos, tenham ou não participado nessa *acção*, a susceptibilidade da renovação ou *repetição da causa*” (*ob. cit.*, p. 815).

⁹⁷ Embora o art. 35 (5) do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, apenas disponha que a sentença arbitral é vinculativa para sociedade, é praticamente pacífico na doutrina italiana que a eficácia da sentença se estende a todos os sujeitos que são vincula-

e, por outro lado, a ampla possibilidade oferecida a todos os sujeitos vinculados pela cláusula compromissória (os sócios, a sociedade e os titulares dos órgãos sociais) de participarem nos processos arbitrais em curso, mediante intervenção voluntária ou provocada⁹⁸.

9.7 Solução semelhante à legalmente consagrada no direito italiano deve, a nosso ver, ter-se como válida no âmbito do direito português, não obstante o silêncio da L.A.V. a este respeito.

Como atrás salientámos, a justificação ou *razão de ser* da extensão dos limites subjectivos do caso julgado das sentenças referidas no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C. reside na possibilidade que a lei abre a todos os sujeitos aos quais se estendem os efeitos desse caso julgado, de intervirem nas acções respectivas, mediante intervenção espontânea ou provocada⁹⁹.

Por um lado, é conforme ao fundamento contratual da arbitragem que a decisão final nesta proferida possa obrigar todos os que são partes na (ou são vinculados pela) convenção de arbitragem. Por outro lado, não deflui dos vectores fundamentais do sistema (nomeadamente, a proibição de indefesa) nenhum impedimento a que a sentença que decidiu essa acção arbitral produza também efeitos em relação a alguém que, sendo parte na convenção de arbitragem e não tendo participado na acção arbitral naquela baseada, podia ter nesta intervindo, quer por chamamento das partes iniciais quer por sua iniciativa¹⁰⁰.

dos pela cláusula compromissória (sócios e titulares de órgãos sociais); v., neste sentido, MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 422, e os autores aí citados.

⁹⁸ V. o art. 35 (2) do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003; quanto à intervenção voluntária, esta disposição confere tal faculdade a qualquer terceiro, mesmo que não sujeito à cláusula compromissória; no que toca à intervenção provocada, aquela disposição faculta-a expressamente aos sócios, mas a doutrina estende essa possibilidade a todos os terceiros vinculados à cláusula compromissória (*i.e.*, sociedade e titulares de órgãos sociais) – v. MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.* p. 420-421 e os autores aí citados.

⁹⁹ Recorde-se que, para o art. 61.º, n.º 1, in fine, do C.S.C., é suficiente a possibilidade de todos os sócios e órgãos da sociedade terem sido partes na acção respectiva ou de terem nela intervindo, para que seja eficaz contra eles a sentença que anule ou declare nula a deliberação social.

¹⁰⁰ Este é um requisito verdadeiramente essencial. Como salientou Paula Costa e Silva (*ob. cit.*, pp. 380-381 e 388), a equivalência das jurisdições estadual e arbitral, que a

Se é verdade que a actual L.A.V. não prevê expressamente a intervenção de terceiros nas arbitragens que regula, certo é que ela também não contempla outros institutos que são essenciais para assegurar eficiência à arbitragem enquanto meio jurisdicional de resolução de litígios – como, por exemplo, a existência de pluralidade inicial de partes, quer sob a forma de litisconsórcio quer de coligação¹⁰¹ e o decretamento de medidas cautelares pelos árbitros¹⁰² – e que hoje se considera generalizadamente serem admissíveis na arbitragem, a menos que a respectiva convenção as tenha excluído.

Não vemos, por isso, no direito português vigor, qualquer obstáculo à intervenção de terceiros em arbitragens em curso, desde que estes sejam partes na respectiva convenção de arbitragem ou a esta adiram, com o consentimento de quem já seja parte no processo arbitral.

É, no entanto, da maior conveniência que esta matéria seja adequadamente regulada na futura Lei da Arbitragem Voluntária. Além disso, independentemente do que essa futura lei venha a dispor, é aconselhável que se dissipem possíveis dúvidas através da regulamentação desta matéria na convenção de arbitragem, directamente¹⁰³ ou através da remissão que nela se faça para um regulamento de arbitragem onde esta matéria tenha adequado tratamento¹⁰⁴.

b) Modo de designação dos árbitros

10. António Menezes Cordeiro chamou a atenção para o facto de a deliberação social, apesar de conceptualizada como vontade do colec-

Constituição da República consagra, assenta na premissa de que ambas estejam submetidas ao mesmo esquema de garantias, nomeadamente, a não extensão do efeitos da decisão a quem não teve possibilidade de intervir na acção em que ela foi proferida.

¹⁰¹ Admitindo a coligação passiva nas arbitragens, v. Acórdão da Relação de Lisboa, de 18.05.2004, *Colectânea de Jurisprudência*, 2004, T. III, p. 76-81).

¹⁰² V., entre outros, J. P. REMÉDIO MARQUES – *ob. cit.*, pp. 51-53, nota 4, e doutrina e jurisprudência aí citadas.

¹⁰³ Adoptando-se, por exemplo, o que sobre esta matéria (e outros pontos com esta relacionados) consta da cláusula compromissória modelo apresentada no final deste artigo, cuja inserção no estatutos recomendamos.

¹⁰⁴ *Cfr.*, por ex., o art. 25.º do Regulamento do Centro de Arbitragem da C.C.I.P. (Lisboa) e o art. 17(5), Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, de 2010.

tivo societário, não ser mais do que o resultado da imputação de uma proposição originada em decisões humanas que são transpostas para a pretensa “vontade colectiva” por meio de esquemas abstractos, suportados em normas jurídicas¹⁰⁵.

Sendo assim, há que ter presente que a acção de anulação ou de declaração de nulidade de uma deliberação social (que traduz aquela vontade) opõe, por um lado, o interesse do(s) impugnante(s) – um ou mais sócios que não votaram a favor dela, o órgão de fiscalização da sociedade ou, na acção de declaração de nulidade, qualquer interessado – que pede(m) que retroactivamente se destruam ou se declarem como nunca verificados os efeitos jurídicos que a deliberação tinha vocação para produzir e, por outro lado, os interesses dos que querem que ela subsista e produza efeitos¹⁰⁶.

À luz deste entendimento, é legítimo concluir que nas arbitragens que tenham por objecto pedidos de invalidação de deliberações sociais é sempre detectável, do lado da demandada, uma pluralidade de interesses, não necessariamente coincidentes. Mas não só isto. Nas arbitragens com este objecto, à multipolaridade de interesses acresce ou pode acrescer a multiplicidade de partes (multipartidismo processual), devido à possível admissibilidade de intervenção de terceiros¹⁰⁷.

Bem se compreende, portanto, que o modo normal de constituição do tribunal arbitral – formado, em regra, por três árbitros, dos quais o demandante designa um, o demandado designa outro e o terceiro é escolhido, de comum acordo, por aqueles árbitros ou pelas partes ou, na falta desse acordo, pela autoridade de nomeação (que pode ser um

¹⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 685-686. Este autor salienta ainda que as deliberações sociais, embora assentem em declarações de vontade dos sócios (os respectivos votos), são deliberações do órgão a que pertençam, sendo depois imputadas à sociedade (*ob. cit.*, p. 693).

¹⁰⁶ A real contraparte do impugnante da deliberação não é a sociedade, que só por razões formais (pelo imperativo de legitimidade processual supramencionado) figura como demandada na acção, mas sim o conjunto dos sócios que votaram a favor daquela e pretendem a sua manutenção, posição que, em muito casos, será também a dos titulares dos órgãos sociais (ou de parte deste).

¹⁰⁷ Sobre este ponto, v. FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, pp. 1109-116; MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, pp. 400 e 411-412.

tribunal estadual) – não se adequa à multipolaridade de interesses e à multiplicidade de partes que caracteriza estas acções.

Assim, nesta categoria de arbitragens, devido ao seu possível multipartidismo, o método de designação dos membros do tribunal arbitral deve impreterivelmente assegurar que as diversas *partes* não fiquem desigualmente colocadas, o que só se consegue se a nomeação de todos os árbitros for feita por uma entidade *neutral* em relação aos vários interesses contrapostos na arbitragem. Isto, para que aqui se respeite a solução que, para a generalidade das arbitragens multipartidas, foi consagrada na grande maioria das leis e regulamentos de arbitragem, na sequência do Acórdão proferido pela *Cour de cassation* francesa, em 1992, no caso *Ducto*¹⁰⁸.

Reconhecendo a essencialidade deste ponto, o Decreto Legislativo italiano de 17 de Janeiro de 2003, que criou um regime especial para o contencioso judicial e arbitral de litígios societários, impôs (sob cominação de nulidade) como um dos requisitos a preencher pela cláusula compromissória estatutária respeitante a tais litígios, que a designação dos árbitros fosse cometida a uma “entidade estranha à sociedade ou, se esta não fizesse tal designação, ao tribunal estadual do local da sede societária¹⁰⁹.

Por outro lado, como atrás se referiu, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão já vinha exigindo, desde 1996, que, para estas acções, a cláusula compromissória estatutária assegurasse a todos os sócios iguais oportunidades de participarem na constituição do tribunal arbitral¹¹⁰, tendo esse Supremo Tribunal determinado, no seu acórdão de 6.04.2009, que a designação dos árbitros, se não fosse feita nos próprios estatutos, deveria ser cometida pela cláusula compromissória a uma entidade “neutra”.

Em Espanha, o novo artigo 11 *bis* da Lei de Arbitragem, introduzido pela recente reforma de que esta foi objecto, veio dispor, no seu n.º 3,

¹⁰⁸ Sobre este tema, tratado em vastíssima literatura, v., entre outros, MANUEL BOTE-LHO – *ob. cit.*, passim.

¹⁰⁹ V. Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, art. 34 (2).

¹¹⁰ Recorde-se que, no Acórdão do BGH de 2009, considerou que este requisito serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente, este é um requisito indispensável, porque serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente

que os estatutos sociais podem estabelecer que a impugnação de deliberações sociais pelos sócios ou administradores fique submetida à decisão de um ou vários árbitros, confiando-se a administração da arbitragem e a designação dos árbitros a uma instituição arbitral¹¹¹.

Perante o silêncio da lei portuguesa e a total ausência de tratamento desta problemática na doutrina e jurisprudência dos tribunais portugueses, entendemos que a solução mais conforme aos princípios fundamentais do direito português aplicáveis a esta matéria é igualmente a de se exigir que, nas acções de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações sociais submetidas a arbitragem, a designação de todos os árbitros seja feita por um entidade *neutra* relativamente às partes do litígio.

Se assim não se fizer, não se cumprirá o inderrogável princípio de igualdade das partes, na sua vertente respeitante à constituição do tribunal arbitral, pelo que a sentença arbitral poderá vir a ser anulada ao abrigo do art. 27.º, n.º 1, b), da LAV.

c) Informação aos outros sócios sobre a acção arbitral iniciada

11. Para permitir que outros sócios, além dos autores da acção arbitral de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação social, possam nesta intervir, através de uma das modalidades de “intervenção de terceiros” admitidas pela convenção de arbitragem (incluindo o regulamento para que ela remeta) ou pela lei, impõe o direito italiano¹¹² que o requerimento de arbitragem deduzido pela ou contra a sociedade seja depositado no “registo das empresas”, ficando acessível a todos os

¹¹¹ A imposição estabelecida no novo art. 11 *bis*, n.º 3, da *Ley de Arbitraje*, de que a designação dos árbitros e a administração das arbitragens que tenham por objecto a impugnação de deliberações sociais seja confiada a uma instituição arbitral, visa não só responder à preocupação versada neste parágrafo (*i.e.*, permitir que os reais titulares dos interesses em confronto nestas acções tenham iguais oportunidades de intervenção na constituição do tribunal arbitral), mas também, tanto quanto nos parece, assegurar que, através da intervenção de instituições especializadas na administração de arbitragens e capazes de se dotarem de regulamentos adequados a tal missão, possa o processo arbitral ser organizado por forma a satisfazer todos os requisitos que no presente texto se explicou serem de cumprimento necessário para que às decisões de mérito proferida em arbitragens que versem sobre esta categoria de litígios possa ser atribuída *eficácia geral no seio da sociedade*.

¹¹² Art. 35 (1) do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003.

sócios. Embora o respectivo preceito abranja todas as arbitragens relativas a litígios societários, é sobretudo para as que tenham por objecto pedidos de invalidade de deliberações sociais que se torna necessário possibilitar aos *demais sócios* intervirem no processo iniciado, a fim de que a sentença neste proferida possa ter (se forem cumpridas as demais condições exigidas para o efeito) *eficácia geral no seio da sociedade*, nos termos acima explicados.

11.1. Com a mesma finalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão vem exigindo, pelo menos, desde 1996, que a todos os sócios seja dado conhecimento do início de uma acção arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade de uma deliberação social. Nas cláusulas compromissórias modelo que, na esteira daquela jurisprudência, a doutrina alemã da especialidade foi sucessivamente elaborando, esse processo de informação aos demais sócios consistia na notificação de que se iniciara uma acção arbitral com esse objecto, a fazer, nos 30 dias seguintes à apresentação do requerimento de arbitragem, pelo requerente à sociedade, e na subsequente notificação de igual teor, feita pela sociedade aos demais sócios, acompanhada do convite feito a estes, para em idêntico prazo intervirem na acção, como partes associadas ou aos demandantes ou aos demandados. Se não interviessem, os demais sócios perderiam o direito de iniciar outro processo arbitral para invalidarem a deliberação social em causa.

Em 19.09.2009, a principal instituição alemã administrante de arbitragens (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), na sequência do acórdão da BGH, de 6 de Abril de 2009, publicou um regulamento suplementar destinado às arbitragens relativas a litígios societários, para o qual podem remeter as cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos das sociedades. Embora as disposições constantes deste regulamento abranjam todas as categorias de controvérsias intra-societárias, refere-se aí, de forma bem explícita (em nota explicativa constante do dito regulamento), que o cumprimento dos requisitos e formalidades destinadas a possibilitar a intervenção dos demais sócios na arbitragem iniciada é condição de arbitrabilidade das “acções cuja sentença deva vincular todos os sócios, em particular, das que visem a anulação ou a declaração de nulidade de deliberações do órgãos sociais”.

11.2. No que concerne ao direito português, os artigos 60.º e 61.º do CSC são omissos sobre o modo de informar os demais sócios da sociedade de que teve início uma acção judicial de anulação ou declaração de nulidade de deliberação social, mas no art. 168.º, n.º 5, do mesmo Código dispõe-se que essas acções não podem prosseguir enquanto não for feita prova de ter sido requerida a respectiva inscrição no registo comercial.

Este registo da acção abre aos demais sócios a possibilidade efectiva de nela intervirem, legitimando, conseqüentemente, a presunção de que o não uso da faculdade de intervenção se deveu a decisão consciente. Por outro lado, aquela inscrição registral permite tornar efectiva a obrigação de apensação das acções referida o n.º 2 do art. 60.º do C.S.C. Cumpridas que sejam estas condições, a falta de intervenção dos outros sócios não é impedimento a que a sentença proferida pelo tribunal judicial produza caso julgado com *eficácia geral no seio da sociedade* (i.e., a favor e contra todos os sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos).

Transpondo este regime legal para a arbitragem, constata-se que não se prevê no Código do Registo Comercial (C.R.C.) a possibilidade de registarem acções arbitrais, qualquer que seja o seu objecto, sendo duvidoso que os conservadores do registo comercial aceitem fazer inscrições de acções arbitrais de invalidade de deliberações sociais que lhes sejam requeridas pelos interessados. Mesmo que aceitassem fazê-lo, seria sempre questionável que a eventual inscrição no registo comercial de factos a este não obrigatoriamente sujeitos constituísse forma eficaz de dar conhecimento aos interessados sobre o início e a pendência de uma acção arbitral com a mencionada finalidade.

Resta, assim, como via alternativa de informação (embora não muito eficaz) aos demais sócios sobre a instauração de um acção arbitral de anulação ou de declaração de nulidade, a sua publicação no *sítio* na Internet previsto no art. 167.º do C.S.C. e regulado pelo Portaria n.º 590-A/2005, 14 de Julho. No entanto, suscita-se aqui dúvida semelhante à atinente à inscrição desta acção arbitral no Registo Comercial, visto que, não estando a sua publicação prevista nem no C.S.C. nem no C.R.C., é de recear que a entidade gestora deste sítio (Instituto dos Registos e Notariado) venha a recusar tal publicação quando lhe for requerida, até porque esta também não tem lugar para as acções judiciais com o mesmo

objecto (v. o art. 1.º da citada Portaria e os artigos. 167.º do C.S.C. e 70.º e 9.º do C.R.C., para que aquela disposição remete)

Nestas circunstâncias, enquanto não for alterado o Código do Registo Comercial, para (como seria preferível) se inserir nele a obrigatoriedade de inscrição e/ou de publicação das acções arbitrais supra-referidas, de modo idêntico ao determinado para as acções judiciais homólogas, deverá impor-se, na cláusula compromissória estatutária, que o sócio ou titular de órgão social que instaure uma acção de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação social, informe por escrito, em prazo curto (por ex., 3 dias), a administração ou gerência da sociedade sobre os elementos essenciais de tal acção (as partes, a deliberação impugnada e o fundamento da impugnação), ficando aquela, por seu turno, obrigada a transmitir, também por escrito, tal informação aos demais sócios, em prazo que, podendo ser maior do que o primeiro, deverá ainda assim ser curto (por ex. 5 dias). Deverá ainda estipular-se, na cláusula compromissória estatutária, a obrigatoriedade de o(s) demandante(s) na acção arbitral iniciada, facultar(em) cópia da respectiva petição inicial aos sócios que a requeiram, a fim de estes poderem ajuizar, com pleno conhecimento, do seu interesse em intervirem nessa acção.

d) Preclusão de outras acções com o mesmo objecto

12. O art. 60.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais prevê que, “havendo várias acções de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do n.º 2 do art. 275.º do Código do Processo Civil”¹¹³.

Esta disposição, além de ter uma óbvia finalidade de racionalização processual, visa prevenir soluções jurídicas díspares relativamente à validade da mesma deliberação¹¹⁴.

Porque no direito alemão vigora, para as acções de declaração de nulidade de deliberações sociais interpostas nos tribunais estaduais, uma norma semelhante àquela e porque a transposição dessa norma para as

¹¹³ Que determina, na parte que aqui interessa, que os processos sejam apensados ao que tiver sido instaurado em primeiro lugar.

¹¹⁴ Neste sentido, v. A. MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, p. 754.

arbitragens suscitaria dificuldades, o acórdão do BGH de 6.04.2009, exigiu (como se referiu acima) que uma estipulação conducente a resultado equivalente constasse da cláusula compromissória estatutária, sendo condição da validade desta e, conseqüentemente, da validade da sentença proferida em acção movida com base naquela. Naquela cláusula deveria, assim, determinar-se que o início de uma acção de anulação ou declaração de nulidade preclude o direito de os outros sócios proporem outra acção com a mesma finalidade, perante outro tribunal arbitral.

Tendo em conta que, no domínio da arbitragem, a lei não estabelece a obrigatoriedade de apensação à acção que primeiro começou, das acções posteriormente instauradas, tal como o § 246 (3) da *AktG* preceitua para as acções judiciais com esse objecto, o BGH procurou, por esta via, impedir a submissão de várias acções sobre a invalidade da mesma deliberação social a diferentes tribunais arbitrais – o que impediria que as sentenças arbitral proferidas em tais litígios pudessem ter *eficácia geral* no seio da *sociedade*¹¹⁵ e, conseqüentemente, que aqueles pudessem ser decididas por árbitros, visto ser inadmissível que diferentes tribunais arbitrais pudessem proferir decisões contraditórias sobre a invalidade da mesma deliberação.

Parece-nos que, também perante o direito português, em que os dados legislativos relativos ao regime das acções de invalidade de deliberações sociais perante os tribunais estaduais são substancialmente idênticos aos do direito alemão, a inclusão na cláusula compromissória estatutária de uma estipulação deste teor é de considerar como condição de arbitrabilidade destas acções.

Por outro lado, não vemos óbice à introdução de uma tal disposição na cláusula compromissória estatutária, dado que, se os sócios são livres de regularem os termos em que podem ser instauradas acções arbitrais de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações sociais¹¹⁶, também poderão eles estabelecer, nessa cláusula, preclusão idêntica à preconizada pelo BGH.

Bem vistas as coisas, uma disposição estatutária com este conteúdo conduz a um resultado prático semelhante ao da imposição da apensa-

¹¹⁵ Ou seja, de eficácia extensiva a todos os actores da vida interna da sociedade.

¹¹⁶ Se os sócios podem estipular a submissão de litígios a arbitragem, nesta matéria, podem também condicioná-la.

ção¹¹⁷ das acções iniciadas perante diferentes tribunais estaduais, que é estabelecida pelo art. 60.º, n.º 2, do C.S.C.¹¹⁸.

e) Decisão segundo o direito

13. A actual L.A.V. preceitua, no seu art. 22.º, que as controvérsias submetidas a arbitragem sejam julgadas segundo o direito constituído, a menos que as partes autorizem os árbitros a julgar segundo a equidade.

O julgamento segundo a equidade não é adequado ao contencioso de validade das deliberações sociais, visto que a decisão destas acções com este objecto não pode deixar de assentar em juízos de estrita legalidade¹¹⁹, não existindo aí espaço para a intervenção de critérios de equidade¹²⁰.

¹¹⁷ Tratando-se de arbitragens *ad hoc*, não vemos como se poderia, através de uma simples disposição estatutária, determinar que os processos arbitrais posteriormente iniciados fosse apensados ao que primeiro foi instaurado, pois que, constituído um tribunal arbitral ao abrigo de uma convenção de arbitragem, só por acordo de todas as partes se poderia impor-lhe que abrisse mão do processo perante ele instaurado a favor doutro tribunal arbitral anteriormente constituído. Nas arbitragens institucionais, a apensação poderia talvez ser ordenada pela direcção da instituição administrante, mas só se o respectivo regulamento o previsse.

¹¹⁸ Questão distinta da analisada no texto é a de saber o que acontecerá, se um terceiro (*por ex.*, credor, empregado da sociedade), não vinculado pela cláusula compromissória estatutária, mas com legitimidade para requerer a declaração de nulidade de uma deliberação social (ao abrigo do arts. 286.º do C.C. e 26.º do C.P.C.), propuser acção com esse objecto perante o tribunal judicial competente, antes ou depois de se iniciar uma acção arbitral (proposta por um ou mais sócios ou pelo órgão de fiscalização da sociedade) tendente a invalidar a mesma deliberação. Aderindo à opinião defendida pelo Professor PEDRO MAIA, em intervenção no V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (em 21.07.2011, já depois da conclusão deste artigo), entendemos que, sendo inadmissível que ambas as acções possam prosseguir e conduzir a decisões contraditórias, deverá prevalecer a acção judicial e extinguir-se a acção arbitral, porque a eficácia subjectiva da decisão a proferir na primeira será mais ampla que a da segunda. O fundamento desta extinção será (parece-nos) a inutilidade superveniente da lide ou a litispendência, consoante a acção arbitral haja começado antes ou depois da acção judicial.

¹¹⁹ Comentando a supramencionada solução do direito italiano, PAULA COSTA E SILVA defende que a equidade enquanto critério de decisão deve ser afastada se a solução posta por lei para a regulação de uma posição indisponível é injuntiva (*ob. cit.*, p. 388).

¹²⁰ O projecto da nova LAV apresentado pela Direcção da APA prevê um terceiro critério de decisão mesmo para as arbitragens internas: a “composição amigável” (a actual LAV só prevê para as arbitragens internacionais). Também o recurso a este critério de

Parece ter sido essa a razão pela qual o art. 36 (1) do Decreto Legislativo n.5 de 17 de Janeiro de 2003, que criou em Itália um regime especial para a arbitragem de litígios societários, impôs que, quando se trate de decidir sobre a validade de deliberações das assembleias de sociedades, os árbitros decidam segundo o direito, mesmo que na cláusula compromissória os autorize a decidirem segundo a equidade¹²¹.

Embora o acórdão do BGH, de 6 de Abril de 2009, não se tenha pronunciado sobre esta matéria, o supramencionado Regulamento Suplementar para a Arbitragem de Litígio Societários, que foi adoptado pela *DIS*, conduz implicitamente à imposição de que os árbitros decidam segundo o direito os litígios societários nele referidos, pois que, para que pudessem ser eles decididos segundo a equidade, seria necessário (de acordo com a lei da arbitragem alemã) que essa possibilidade fosse admitida na cláusula compromissória proposta, não sendo isso o que resulta desse Regulamento.

f) Conclusão sobre arbitrabilidade destas acções

13. Nos parágrafos anteriores, examinámos as condições que devem ser preenchidas para que as acções de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais possam ser decididas por árbitros.

Como explicámos, o preenchimento dessas condições destina-se a ultrapassar a contradição entre, por um lado, a circunstância de a decisão jurisdicional, em princípio, só produzir efeitos relativamente a quem tenha sido constituído parte na acção e, por outro lado, o facto de a anulação ou a nulidade da deliberação decretada ou declarada dever, por imperativo lógico-jurídico, vincular todos os sócios e os órgãos de administração e fiscalização da sociedade, hajam ou não sido partes nessa acção.

decisão parece de excluir nas acções de invalidade de deliberações sociais submetidas a árbitros.

¹²¹ Para alguns autores italianos, a *ratio* desta “tutela reforçada” proporcionada pela imposição de uma decisão arbitral *segundo o direito* para as controvérsias atinentes à validade de deliberações sociais, explica-se pelo facto de algumas dessas controvérsias versarem sobre direitos indisponíveis; para outros autores, aquela *ratio* reside na “particular delicadeza da matéria”; sobre este tópico, v. MASSIMO BENEDETTELLI. CLAUDIO CONSOLO. LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 424-425.

Em relação às acções propostas perante os tribunais judiciais, o legislador resolveu essa aporia através das disposições dos arts. 60.º e 61.º do C.S.C., não transponíveis para as arbitragens que versem sobre esta categoria de litígios.

Dado que a disciplina legal da arbitragem omite totalmente o tratamento das questões que estas acções especificamente suscitam, procurámos identificar formas de regulamentação do processo arbitral, a inscrever na convenção de arbitragem, mediante as quais se obtenham resultados equivalentes aos decorrentes daqueles artigos do C.S.C.

Em nossa opinião, o cumprimento tais condições permitirá remover o referido obstáculo à arbitrabilidade desta categoria de acções.



Apresentamos a seguir um modelo de cláusula compromissória que recomendamos para inserção nos estatutos das sociedades, na qual procurámos dar solução às questões abordadas neste artigo

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

1. Todos os litígios respeitantes a relações sociais, suscitados entre os sócios, presentes ou futuros, entre eles e a sociedade ou entre esta ou os sócios e os titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização da sociedade, serão definitivamente resolvidos por um tribunal¹²² composto por três árbitros, que será designado e actuará de acordo com a presente cláusula e com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (adiante designado por “Centro”).

2. Se para um órgão social for designado quem não seja sócio, a aceitação do cargo implica a vinculação do designado ao disposto na presente cláusula compromissória¹²³.

¹²² *Em alternativa:* ..., por um árbitro designado de acordo...

¹²³ No âmbito da ordem jurídica portuguesa, convirá que os estatutos da sociedade imponham que a aceitação por quem seja designado para a um órgão social seja feita

3. Quando a arbitragem tiver por objecto um pedido de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação de órgão social, observar-se-á o disposto nos artigos 57.º a 61.º do Código das Sociedades Comerciais, com as adaptações requeridas pela sua aplicação à arbitragem, bem como o estabelecido nas alíneas seguintes:

- a) Competirá ao Presidente do Centro designar¹²⁴ os três membros do tribunal arbitral e nomear quem presidirá a este;
- b) A administração (gerência) da Sociedade citada para a acção arbitral supra-referida, deverá comunicar aos sócios e ao órgão de fiscalização da sociedade, por carta registada com aviso de recepção¹²⁵, enviada, que a acção foi instaurada e que eles podem nela intervir, associando-se ao demandante ou à demandada;
- c) A partir da instauração da acção arbitral, a administração (gerência) da Sociedade ficará obrigada a fornecer a qualquer sócio que o solicite, a informação que razoavelmente lhe permita conhecer o pedido deduzido nessa acção e seus fundamentos, bem como ajuizar sobre o seu interesse em nela intervir;
- d) Os demais sócios e o órgão de fiscalização da sociedade poderão intervir na acção arbitral iniciada, associando-se a uma das partes desta, devendo disso informar a administração (gerência) da Sociedade;
- e) Quem não exercer o direito de intervenção previsto na alínea anterior, nos 30 dias seguintes à recepção da comunicação¹²⁶ referida na alínea b), não poderá propor outra acção arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade da deliberação social a que respeitar a acção arbitral proposta em primeiro lugar;
- f) Se, não obstante o disposto na alínea anterior, forem propostas outras acções de anulação ou de declaração de nulidade da mesma

por escrito, devido à exigência de forma escrita da convenção de arbitragem contida no art. 2.º da LAV.

¹²⁴ *Em alternativa:* ...designar o árbitro único.

¹²⁵ *Em alternativa, para as sociedades com capital muito disseminado, em que não seja viável informar pessoalmente todos os sócios:* ...por anúncio a publicar, dentro dos cinco dias seguintes, num jornal de grande circulação.

¹²⁶ *Em alternativa, para as sociedades com capital muito disseminado, em que não seja viável informar pessoalmente todos os sócios:* ...à publicação do anúncio.

deliberação social, deverá o Presidente do Centro ordenar a sua junção, apensando-se as acções arbitrais à que tiver sido instaurada em primeiro lugar;

- g) A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação social será eficaz contra e a favor de todos os sócios, a sociedade e os seus órgãos, mesmo que não tenham sido parte ou não hajam intervindo nessa acção.

4. Em qualquer acção proposta contra a Sociedade, em que se verifique a situação de conflito de interesses prevista no art. 21.º, n.º 2, do Código do Processo Civil, poderá o tribunal arbitral¹²⁷, se lhe for requerido por quem nisso tenha interesse relevante, designar um representante especial da Sociedade para essa acção.

5. O tribunal arbitral¹²⁸ poderá ordenar medidas cautelares compatíveis com a natureza dos seus poderes jurisdicionais, incluindo a suspensão da deliberação social impugnada, sem prejuízo da possibilidade de qualquer das partes recorrer aos tribunais judiciais para obter o decretamento de providências cautelares.

6. O tribunal arbitral¹²⁹ decidirá segundo o direito e da sua sentença não haverá recurso.

¹²⁷ *Em alternativa:* O árbitro...

¹²⁸ *Em alternativa:* O árbitro...

¹²⁹ *Em alternativa:* O árbitro...