

Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO

Sócio da Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Membro da Associação Portuguesa da Arbitragem, do Club Español de Arbitraje e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

RESUMO: Para que as ações tendentes à anulação ou à declaração a nulidade de deliberações sociais possam ser decididas por árbitros, não basta cumprir os critérios de arbitrabilidade definidos pela lei ou pela jurisprudência dos tribunais. É também necessário que o processo arbitral seja organizado de forma que as sentenças proferidas, nessas ações, pelos árbitros possam ter eficácia geral no seio da sociedade, o que implica o preenchimento de certas condições que, não sendo determinadas pela lei ou pelo regulamento aplicável, terão de sê-lo pela convenção de arbitragem (na maioria dos casos, uma cláusula compromissória inserida nos estatutos da sociedade). Só assim a arbitragem será capaz de assegurar, de modo equivalente ao proporcionado pelos tribunais estaduais, a proteção dos direitos dos sócios e do interesse da sociedade em que as suas deliberações se tornem estáveis e imutáveis.

ABSTRACT: For claims aiming at the annulment or the declaration of nullity of shareholders' resolutions to be lawfully decided by arbitrators, it is not sufficient to meet the arbitrability criteria set forth by statutory law or by courts' case law. It also necessary to organize the arbitral proceedings in such a way that the awards rendered by arbitrators on such claims can be effective *vis-à-vis* all the shareholders and the company. This requires the fulfillment of certain conditions which, if they are not determined by the applicable law or regulation, must be provided for by the arbitration agreement (in most cases, inserted in the company's articles of association). Only in this manner will arbitration be able to assure, in a way similar to that offered by state courts, the protection of shareholders' rights and the company's interest in keeping its resolutions stable and unmodifiable.

SUMÁRIO: I – Âmbito da comunicação; II – Condições a preencher para que estas ações sejam arbitráveis; a) Possibilidade intervenção de terceiros; b) Modo de designação dos árbitros; c) Informação aos outros sócios; d) Preclusão de outras ações arbitrais com o mesmo objecto; e) Decisão segundo o direito; f) Conclusão sobre a arbitrabilidade destas ações; III – Cláusula compromissória estatutária sugerida.

I – ÂMBITO DA COMUNICAÇÃO

1. Na minha breve intervenção, proponho-me analisar apenas uma parte das questões que cabem, em princípio, no título que lhe foi dado no programa deste Encontro.

* Palestra ministrada no Encontro Internacional de Arbitragem de Coimbra (20 a 22 de outubro de 2011).

Não me ocuparei aqui da problemática da determinação da arbitrabilidade dos litígios sobre a validade de deliberações sociais, à luz dos principais critérios de natureza conceitual adoptados, para este efeito, pelos vários sistemas jurídicos, nomeadamente o critério da "ligação com a ordem pública", o da "disponibilidade do direito" e o da "patrimonialidade (ou natureza económica) do direito controvertido".

Três circunstâncias determinam esta opção. Por um lado, a evidente escassez do tempo de que disponho obriga-me a delimitar muito restritivamente o objecto da minha comunicação. Por outro lado, o facto de já ter tratado desenvolvidamente dessa problemática em texto que foi publicado não só em Portugal mas também no Brasil¹, dispensa-me de a abordar aqui novamente. Acresce ainda a circunstância de a Nova Lei da Arbitragem voluntária, recentemente aprovada pela Assembleia da República, ter vindo substituir, para efeito de determinação da arbitrabilidade dos litígios, o critério da "disponibilidade do direito" pelo da "patrimonialidade do interesse controvertido"².

Em consequência desta alteração legislativa, deixa de existir razão para, por causa do critério legal de determinação dos litígios que são arbitráveis, se duvidar da possibilidade de se submeter a árbitros as controvérsias respeitantes à validade das deliberações dos órgãos das sociedades, visto que, atendendo à natureza patrimonial que assumem, directa ou indirectamente, os interesses que estão em jogo nos litígios intrasocietários, incluindo os respeitantes à validade de deliberações sociais, todos esses litígios são pacificamente considerados como arbitráveis, à luz deste critério, todos esse litígios.

A nova Lei de Arbitragem portuguesa³ não terá, contudo, capacidade para, por si só, afastar outras dificuldades, bem mais sérias, que defronta a sujeição dos diferendos sobre a validade de deliberações sociais à decisão de árbitros. Estas dificuldades já não têm origem na natureza dos interesses controvertidos nesta categoria de litígios, mas antes nas especificidades da organização e regulamentação da arbitragem e do âmbito de eficácia da decisão nesta proferida.

É desta particular problemática que irei falar-vos, analisando que obstáculos são esses e como poderão ser superados – com ou sem intervenção do legislador.

- 1 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções. Coimbra: Almedina, 2011. p. 13-44. Texto também publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* (São Paulo: Revista da Tribunais, a. 7, n. 27, out./dez. 2010).
- 2 Como *critério principal* que aparece aí combinado com o critério (*secundário*) da "transigibilidade do direito", tal com fez a Lei alemã sobre a arbitragem, de 1998, seguida pela Lei austríaca, de 2006.
- 3 Foi pena que a urgência na aprovação da Nova LAV, decorrente dos compromissos assumidos pelo Governo português perante as instituições europeias e o FMI, não tivesse permitido que as questões que adiante abordarei fossem resolvidas mediante disposições a isso especificamente dirigidas, tal como fizeram algumas recentes legislações estrangeiras, com destaque para o Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2005, da Itália, e para o novo art. 11-*bis* da Lei de Arbitragem espanhola.

II – CONDIÇÕES A PREENCHER PARA QUE ESTAS AÇÕES SEJAM ARBITRÁVEIS

A) POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

2. Entre as categorias de litígios intrassocietários que podem ser submetidos à arbitragem, os que suscitam maiores dificuldades são os que respeitam a ações de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações de órgãos sociais. Vejamos que dificuldades são essas e se poderão ser superadas.

2.1. Uma ação de anulação de deliberação social proposta perante árbitros deve ser movida contra a sociedade, por força do disposto no art. 60º, nº 1, do Código das Sociedades Comerciais, que traduz um princípio geral de legitimidade processual relativo às ações de anulação ou declaração de nulidade das deliberações dos órgãos sociais, que é também aplicável aos processos arbitrais com esse objecto⁴. Isto, sem se ignorar que tais ações afectam os interesses de outros sujeitos, além dos accionistas que propõem a ação e da sociedade contra a qual é proposta.

2.2. Entende-se pacificamente, na doutrina portuguesa, que o art. 61º, nº 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 ação, constitui um caso de *extensão dos limites subjectivos do caso julgado*"⁵.

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 *erga omnes socios organaque societatis*)⁶. Por efeito daquele artigo, propaga-se a terceiros (na acepção de não serem sujeitos da relação processual estabelecida) o caso julgado entre sócio e a sociedade a respeito da existência, eficácia e validade de uma deliberação, como lógico e naturalíssimo corolário da circunstância 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 votaram⁷.

Por outras palavras, a circunstância de uma deliberação formada numa sociedade ter *eficácia geral, no seio desta*, e a de o caso julgado produzido sobre a sua existência, eficácia e validade dever ter também *eficácia geral* – sendo oponível à sociedade (e seus órgãos) e a todos os sócios, mesmo aos que não

4 Como salienta Jorge Pinto Furtado (*Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005. 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 ações de anulação ou de declaração de nulidade daquela.

5 MARQUES, J. P. Remédio. *A ação declarativa à luz do código revisto*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 696.

6 FURTADO, J. Pinto. Ob. cit., p. 805-806.

7 Idem, p. 814-815.

participaram na ação em que esse caso julgado se formou – são o verso e reverso da mesma realidade jurídica⁸.

Em minha 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. 61º, nº 1, do C.S.C., reside, essencialmente, na possibilidade legalmente oferecida aos terceiros a quem se estendem os efeitos daquele caso julgado, de participarem na ação em que foi proferida, mediante uma das figuras de "intervenção de terceiros" previstas e regulados no C.P.C. (arts. 325º a 329º, 330º a 333º, 335º a 341º, 342º a 346º e 347º a 350º).

Note-se que, para a lei, é suficiente a mera *possibilidade* de todos os sócios e órgãos da sociedade *terem sido partes* na ação respectiva ou *terem vindo a intervir* nela, para determinar que seja eficaz contra eles a sentença que anule ou declare nula a deliberação social (*cf.* o art. 61º, nº 1, *in fine*, do C.S.C.).

2.3. Será o nº 1 do art. 61º do C.S.C. aplicável às ações que visem a anulação ou a declaração a nulidade de deliberações sociais e sejam intentadas perante árbitros?

Se for correcta a proposição que formulei, de que a *razão de ser* do alargamento dos limites subjectivos de caso julgado estabelecido no art. 61º, nº 1, do C.S.C. reside na possibilidade que a lei processual civil oferece aos terceiros a quem se estende a eficácia do caso julgado da sentença proferida nas ações referida naquele artigo, de nestas intervirem, desenvolvendo aí actividade processual própria⁹, a resposta àquela questão 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 arbitragem¹⁰) for admitida na arbitragem em curso, visto que é esta que justifica aquela¹¹.

8 Paula Costa e Silva (em *Arbitrabilidade e tutela colectiva das deliberações sociais* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Coimbra: Almedina, v. IV, 2011. p. 357-391; 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 ação – v.g., um sócio e a sociedade – continuando, necessariamente, a considerar-se válida no confronto da sociedade e dos demais sócios". Isto coloca à disciplina das arbitragens que tenham por objecto aqueles pedidos desafios e dificuldades de difícil solução.

9 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo código do processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 588.

10 Isso constitui requisito indispensável para um terceiro poder intervir numa arbitragem em curso, devido ao facto de a jurisdição do tribunal arbitral ter como fundamento a convenção de arbitragem. Note-se que não é preciso que o terceiro seja parte inicial dessa convenção; basta que se torne subsequentemente parte dela, com o consentimento das outras partes da mesma.

11 Trata-se de um requisito verdadeiramente essencial. Como salientou Paula Costa e Silva (ob. cit., p. 380-381 e 388), a equivalência das jurisdições estadual e arbitral, que a 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 ação em que ela foi proferida.

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 tal não lhe ser permitido, seja atingido pelo caso julgado da sentença naquele proferida.

2.4. Argumentar com a automática transponibilidade dos institutos do direito processual civil (e.g., a intervenção de terceiros) para a arbitragem não vale, porque essa transponibilidade é de recusar. A arbitragem 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 e conformação jurídicas da arbitragem, o que terá de se apurar em relação a cada um deles¹².

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

Assim sendo, a possibilidade efectiva de intervenção de terceiros (desde que sejam vinculados pela convenção de arbitragem) em ações arbitrais que versem sobre a invalidade de deliberações sociais, a fim de que a solução consagrada no nº 1 do art. 61º do C.S.C. possa se transposta para a decisões arbitrais com esse objecto, é *indispensável* para que esta categoria de litígios seja arbitrável. Mas *não é suficiente*.

Para assegurar este desiderato, é também preciso que outros requisitos subjacentes ao regime estabelecido nos arts. 60º e 61º do C.S.C. se cumpram nas ações arbitrais que versem sobre esta matéria.

Mais concretamente, é também necessário, para este efeito, reformular (sem se desnaturar o que há de essencial na arbitragem), alguns aspectos da forma comum de ordenação/regulamentação do processo arbitral e de constituição do tribunal arbitral, bem como, em alguma medida, *contrariar o modo*

12 Se for de concluir pela aplicação do nº 1 do art. 61º 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 nº 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 a protecção da confiança. Sobre a razão de ser desta disposição, v. J. Pinto Furtado (ob. cit., p. 832) e A. Meneses Cordeiro (ob. cit., p. 758-759).

descentralizado e autónomo como, normalmente, as partes de uma convenção de arbitragem podem accionar esta forma de jurisdição.

Idealmente, tal reformulação deveria caber ao legislador e a verdade é que nalguns países (e.g., Itália) este deu resposta completa a essa necessidade, enquanto que noutros (e.g., Espanha) proporcionou ajuda valiosa nesse sentido. Quando, porém, falta essa intervenção do legislador, são os interessados que têm de introduzir na convenção de arbitragem¹³ os dispositivos que assegurem, também neste domínio, a equiparação das jurisdições estadual e arbitral que a Constituição da República consagra, no pressuposto de que ambas estejam submetidas ao mesmo esquema de garantias e de que sejam equivalentes os efeitos das decisões proferidas por uma ou por outra jurisdição para esta categoria de litígios¹⁴.

2.5. Tem enorme interesse para o esclarecimento desta questão referir o tratamento que lhe tem dado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, iniciada por um acórdão de 29.03.1996 e consolidada, com fundamentação laboriosamente construída, por um subsequente acórdão, de 06.04.2009, que admitiu a arbitrabilidade das ações de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais¹⁵ de sociedades de responsabilidade limitada (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung*¹⁶), sob condição de a convenção de arbitragem preencher um conjunto de requisitos¹⁷ 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) Estipular-se aí que a sociedade contra a qual é posta a ação, deve notificar todos os accionistas de que teve início o processo arbitral, de modo a permitir-se-lhes que nele intervenham, pelo menos,

13 Mais especificamente, na cláusula compromissória estatutária.

14 Sem isso, a arbitragem seria 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 imutáveis, como adiante salientarei.

15 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 ações não podiam ser decididas por árbitros. Naquele acórdão, o BGH deu, cautelosamente, um primeiro passo no sentido da admissão da arbitrabilidade destas ações, 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 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 06.04.2009.

16 Mas é lícito presumir que esta jurisprudência venha a ser estendida às sociedades anónimas "fechadas".

17 Nas referências que aqui 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 nº 24 (jan./mar. 2010) da *Revista de Arbitragem e Mediação* (São Paulo, Brasil). Estes autores assinaram também outro comentário mais resumido ao mesmo acórdão, publicado na edição de 03.09.2009 da *Newsletter electrónica International Law Office*.

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) Atribuir-se a todos os sócios do direito de participarem na escolha dos árbitros¹⁸, 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) Assegurar (essa convenção) que todos os litígios sobre a validade de deliberação sociais e relativos a idênticas questões de facto e de direito, serão decididos pelo mesmo tribunal arbitral ("requisito da concentração").

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 ação 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 ações de invalidade de deliberações sociais, o BGH haver 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 declaram a nulidade ou anulam deliberações sociais, determinam os §§ 248 (1) e 249 (1) da Lei das Sociedades Anónimas (*AktG*) – disposições que se considera aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*).

Num seu anterior acórdão, datado de 29.03.1996, o BGH havia afirmado que a extensão da eficácia do caso julgado¹⁹ das sentenças proferidas em ações 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

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

19 Extensão a todos os sócios e membros dos órgãos da sociedade, mesmo que essas pessoas não tenha sido partes na respectiva ação.

(3)²⁰, de todas as ações 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 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, o BGH entendeu, 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 ações.

Pelo acórdão de 6.04.2009, o Supremo Tribunal veio alterar significativamente a sua anterior posição sobre esta matéria. 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 proporcionar tutela jurídica equivalente à oferecida pelo tribunais ordinários, isto é, que garantam que os direitos processuais proporcionados, na arbitragem, a todos os sócios são conformes a padrões mínimos decorrentes do princípio do Estado de Direito (*Rechtstaatsprinzip*) e que a resolução desses litígios, por esta via, confere a todos os sócios a mesma protecção jurídica que o processo judicial oferece através do disposto nos §§ 248 (1) e 249 (1), primeira frase, da *AktG*²¹.

Em apoio do novo entendimento sobre a possibilidade de submissão a árbitros das ações 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 o disposto no § 138 (1)²² do Código Civil alemão (BGB), sob pena de nulidade.

20 Tal como dispõe o nº 1 do art. 60º do C.S.C. português.

21 Que, conjugadamente, determinam 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 ação.

22 O § 138 (1) dispõe que "um negócio jurídico contrário aos 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 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

Segundo este acórdão, 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 estes princípios sejam violados pelo que seria um abuso da liberdade de contratar.

Uma vez que o princípio do Estado de Direito exige que, nos litígios de direito privado, se assegure às partes protecção jurídica efectiva, 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 convenção será contrária aos bons costumes (*gute Sitten*) e, portanto, será nula.

Partindo destas premissas, 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, que, aplicadas ao caso *sub judice*, implicavam que o processo arbitral e a decisão nele proferida proporcionassem padrões de protecção jurídica equivalentes aos que determinados pelos §§ 246 (3), 248 (1) e 249 (1), 1ª parte, da *AktG* relativamente às ações de invalidade de deliberações sociais instauradas perante os tribunais estaduais²³.

Deixo de lado as críticas que suscitou, em alguns comentadores alemães²⁴, a argumentação seguida, neste acórdão, pelo BGH, ao fazer derivar do princípio constitucional do Estado de Direito uma densificação do conteúdo preceptivo do § 138 (1) do Código Civil alemão, com a qual justificou as referidas exigências a cumprir pela convenção de arbitragem, assim erigidas em requisitos de arbitrabilidade desta categoria de litígios intra-societários,

O que aqui importa realçar é que o preenchimento de (quase) todos os referidos requisitos pelas convenções de arbitragem respeitantes a esta categoria de litígios, é condição necessária para que às sentenças arbitrais que os decidam possa ser reconhecida *eficácia geral no seio da sociedade*. Se tal não acontecer, a arbitragem constituirá inevitavelmente um método de resolução

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. CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do direito civil* – Parte geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, t. I, 2005. p. 551.

23 Embora este acórdão do BGH tenha sido proferido em relação a uma cláusula arbitral inserida nos estatutos de um sociedade por quotas, o Presidente da Câmara Cível do BGH que o proferiu deu a 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).

24 Cf. o supracitado artigo de Anja Mayer e Heiko Heppner, publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 24, p. 338-345, jan./mar. 2010.

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 imutáveis²⁵.

2.6. 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 arbitragem²⁶), 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 provocada²⁷.

2.7. 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 LAV em vigor (Lei nº 31/1986, de 29 de agosto²⁸), este respeito.

Como atrás salientámos, a justificação ou *razão de ser* da extensão dos limites subjectivos do caso julgado das sentenças referidas no art. 61º, nº 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 ações respectivas, mediante intervenção espontânea ou provocada²⁹.

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 ação arbitral produza também efeitos em relação a quem, sendo parte na convenção de arbitragem e não ten-

25 O que, como realçou J. Pinto Furtado, implica que "*aquele concreto vício* (da deliberação) que foi *discutido*, ou existe para todos nos termos fixados pela *sentença* proferida na ação suscitada, ou também para todos não existe, se assim tiver antes sido decidido - ficando em ambos os casos precluída quanto a todos, tenham ou não participado nessa ação, a susceptibilidade da renovação ou *repetição da causa*" (ob. cit., p. 815).

26 Embora o art. 35 (5) do Decreto Legislativo nº 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 vinculados pela cláusula compromissória (sócios e titulares de órgãos sociais); v., neste sentido, BENEDETTELLI, Massimo; CONSOLO, Claudio; DI BROZOLO, Luca Radicati. *Commentario Breve al Diritto dell' "Arbitrato Nazionale"*. ed Internazionale. Padova: Cedam, 2010. p. 422, e os autores aí citados.

27 V. o art. 35 (2) do Decreto Legislativo nº 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 facultava 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. BENEDETTELLI, Massimo; CONSOLO, Claudio; DI BROZOLO, Luca Radicati. Ob. cit. p. 420-421, e os autores aí citados.

28 Silêncio que se mantém na futura LAV portuguesa.

29 Recorde-se que, para o art. 61º, nº 1, *in fine*, do C.S.C., é suficiente a *possibilidade* de todos os sócios e órgãos da sociedade *terem sido partes* na ação respectiva ou de *terem nela intervindo*, para que seja eficaz contra eles a sentença que anule ou declare nula a deliberação social.

do participado na ação arbitral naquela baseada, podia ter nesta intervindo quer por chamamento das partes iniciais quer por sua iniciativa.

Se é verdade que a actual LAV 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 coligação³⁰ e o decretamento de medidas cautelares pelos árbitros³¹ – 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 Lei da Arbitragem Voluntária³². Além disso, independentemente do que essa futura lei venha a dispor, é aconselhável que as partes interessadas previnam possíveis dúvidas através da regulamentação desta matéria na convenção de arbitragem, directamente³³ ou através da remissão que nela se faça para um regulamento de arbitragem onde esta matéria tenha adequado tratamento³⁴.

Mas, como adverti atrás, é preciso também que outros requisitos subjacentes ao regime estabelecido nos arts. 60º e 61º deste Código se cumpram nas ações arbitrais que versem sobre esta matéria

B) MODO DE DESIGNAÇÃO DOS ÁRBITROS

3. O Professor Menezes Cordeiro chamou a atenção para o facto de a deliberação social, apesar de conceptualizada como vontade do colectivo 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 jurídicas.

30 Admitindo a coligação passiva nas arbitragens, v. acórdão da relação de Lisboa, de 18.05.2004, *Colectânea de Jurisprudência*, t. III, p. 76-81, 2004).

31 V., entre outros, MARQUES, J. P. Remédio. ob. cit., p. 51-53, nota 4, e doutrina e jurisprudência aí citadas.

32 A dúvida que poderia suscitar-se face à Lei nº 31/1986, de 25 de agosto, foi entretanto dissipada com aprovação da nova LAV (Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro), que prevê e regula a intervenção de terceiros em arbitragens em curso, de modo tecnicamente correcto e adequado à preservação da integridade e eficiência da arbitragem como método de resolução de litígios, nomeadamente, os analisados nesta comunicação.

33 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.

34 Cf, por exemplo, o art. 25º do Regulamento do Centro de Arbitragem da C.C.I.P. (Lisboa) e o art. 17(5) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, de 2010.

Com esta observação em mente, saliento que a ação 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 ação 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 efeitos³⁵.

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 crescer a *multiplicidade de partes* (multipartidismo processual), devido à possível admissibilidade de intervenção de terceiros³⁶.

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

Assim, nesta categoria de arbitragens, o método de designação dos membros do tribunal arbitral deve impreterivelmente assegurar que, atendendo ao seu sempre possível multipartidismo, 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*³⁷.

35 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 ação, mas sim o conjunto dos sócios que votaram a favor daquela e pretendem a sua manutenção, posição que, em muitos casos, será também a dos titulares dos órgãos sociais (ou de parte deste).

36 Sobre este ponto, v. GENNARI, Francesco. *L'arbitrato societario*. Padova: Cedam, 2009. p. 109-116; BENEDETTELLI, Massimo; CONSOLO, Claudio; DI BROZOLO, Luca Radicati. Ob. cit., p. 400 e 411-412.

37 Sobre este tema, tratado em vastíssima literatura, v., entre outros, SILVA, Manuel Botelho da. *Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias* – Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. p. 499-538; CAMELO, António Sampaio. Jurisprudência comentada: questões de arbitragem comercial. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, a. XLV, n. 4, p. 307-351, out./dez. 2004.

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 societária"³⁸.

Por outro lado, como atrás se referiu, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão já vinha exigindo, desde 1996, que, para estas ações, a cláusula compromissória estatutária assegurasse a todos os sócios iguais oportunidades de participarem na constituição do tribunal arbitral³⁹, 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 art. 11 *bis* da Lei de Arbitragem, introduzido pela recente reforma de que esta foi objecto, veio dispor, no seu nº 3, 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 arbitral⁴⁰.

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 ações 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. 27º, nº 1, b), da LAV.

38 V. Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003, art. 34 (2).

39 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.

40 A imposição estabelecida no novo art. 11 *bis*, nº 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 ações tenham iguais oportunidades de intervenção na constituição do tribunal arbitral), mas também, tanto quanto me 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 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*.

c) INFORMAÇÃO AOS OUTROS SÓCIOS

4. Para permitir que outros sócios, além dos autores da ação 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 italiano⁴¹ que o requerimento de arbitragem deduzido pela ou contra a sociedade seja depositado no "registro das empresas", ficando acessível a todos os 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 que atrás expliquei.

4.1. 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 ação arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade de uma deliberação social⁴².

Nas cláusulas compromissórias modelo que, na esteira daquela jurisprudência, a doutrina alemã da especialidade foi sucessivamente elaborando⁴³, esse processo de informação aos demais sócios consistia na notificação de que se iniciara uma ação arbitral com esse objecto, a fazer pelo requerente à sociedade, nos 30 dias seguintes à apresentação do requerimento de arbitragem, e na subsequente notificação de igual teor, feita pela sociedade aos demais sócios, acompanhada do convite dirigido a estes, para, em idêntico prazo, intervirem na ação, como partes associadas ou aos demandantes ou aos demandados. Se não interviesses, 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, a *DIS (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.

41 Art. 35 (1) do Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003.

42 Como acima referi, a propósito do seu acórdão de 06.04.2009.

43 V., por exemplo, a cláusula preconizada por Hilmar Raeschke-Kessler, citada e reproduzida por Bernard Hanotiau (*L'arbitrabilité en matière ds droit des sociétés - Liber Amicorum Claude Reypond - Autour de l'Arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 102-103) que recomenda a sua adopção, a fim de se evitar que a convenção de arbitragem seja declarada inválida ou que a sentença proferida num processo que oponha um accionista à sociedade seja declarada inoponível aos outros accionistas.

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 indispensável para que sejam arbitráveis as “ações cuja sentença deva vincular todos os sócios, em particular, das que visem a anulação ou a declaração de nulidade de deliberações do órgãos sociais”.

Este regulamento dá resposta eficaz a todas as questões suscitadas pelo acórdão do BGH de 06.04.2009, nomeadamente, à versada no presente parágrafo⁴⁴.

4.2. No que concerne ao Direito português, os arts. 60º e 61º do C.S.C. são omissos sobre o modo de informar os demais sócios da sociedade de que teve início uma ação judicial de anulação ou declaração de nulidade de deliberação social, mas o art. 168º, nº 5, do mesmo Código dispõe que essas ações não podem prosseguir enquanto não for feita prova de ter sido requerida a respectiva inscrição no registo comercial.

Este registo da ação 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 consciente⁴⁵. Cumprida que seja esta condição, a falta de intervenção dos outros sócios não é impedi-

44 Os arts. 2 e 3 deste Regulamento depõem o seguinte (na sua versão inglesa):

Section 2 – Inclusion of Concerned Others

"2.1 Disputes requiring a single decision binding all shareholders and the corporation and in which a party intends to extend the effects of an arbitral award to all shareholders and the corporation without having been introduced as a party to the arbitral proceeding (Concerned Others), the Concerned Others shall be granted the opportunity to join the arbitral proceeding pursuant to the DIS-SRCoLD as a party or compulsory intervenor in the sense of section 69 German Code of Civil Procedure (Intervenor). This applies mutatis mutandis to disputes that require a single decision binding specific shareholders or the corporation.

2.2 In its statement of claim, Claimant shall identify the respondent and any shareholders or the corporation itself to which the effects of the arbitral award shall extend, by providing an address of service and requesting the DIS-Secretariat to deliver the statement of claim also to the Concerned Others. In addition to section 4 DIS-Arbitration Rules sufficient copies of the statement of claim shall be filed with the DIS-Secretariat in order to allow for delivery to all identified Concerned Others.

2.3 Concerned Others, being identified after the expiry of the time limit provided in these DIS-SRCoLD for identifying Concerned Others, may join the arbitral proceeding pursuant to section 4."

Section 3 – Delivery of the statement of claim and invitation to join the proceedings

"3.1 The DIS-Secretariat delivers the statement of claim to the respondent and the identified Concerned Others and requests the Concerned Others to declare vis-à-vis the DIS-Secretariat within 30 days after receipt of the statement of claim in writing whether they join the arbitral proceeding on claimant's or respondent's side as party or as intervenor. The DIS-Secretariat will inform the parties and all, pursuant to section 2.2 or 9.3, identified Concerned Others of any effected joinder.

3.2 Within 30 days after receipt of the statement of claim the respondent may indentify additional Concerned Others, by providing an address of service and requesting the DIS-Secretariat to deliver the statement of claim also to those identified Concerned Others; with its request the respondent shall provide a sufficient number of copies of the statement of claim. Section 3.1 applies to additional identified Concerned Others."

45 Por outro lado, essa inscrição no registo comercial permite tornar efectiva a obrigação de apensação das ações imposta pelo nº 2 do art. 60º do C.S.C.

mento 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 a possibilidade de registarem ações arbitrais, qualquer que seja o seu objecto, sendo muito duvidoso que os conservadores do registo comercial aceitem fazer inscrições de ações 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 ação arbitral com a mencionada finalidade.

Resta assim como via alternativa de informação (embora não muito eficaz) aos demais sócios sobre a instauração de um ação arbitral de anulação ou de declaração de nulidade, a sua publicação no *sítio* na Internet previsto no art. 167º do C.S.C. e regulado pelo Portaria nº 590-A/2005, 14 de julho. No entanto, suscita-se aqui dúvida semelhante à atinente à inscrição desta ação arbitral no Registo Comercial, visto que, não estando a sua publicação prevista nem no C.S.C. nem no C.R.C., é de rezear 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 ações judiciais com o mesmo objecto (v. o art. 1º da citada Portaria e os arts. 167º do C.S.C. e 70º e 9º 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 ações arbitrais supra-referidas, de modo idêntico ao determinado para as ações judiciais homólogas, deverá impor-se, na cláusula compromissória estatutária, que o sócio ou titular de órgão social que instaure uma ação 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 ação (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 ação 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 ação.

d) PRECLUSÃO DE OUTRAS AÇÕES ARBITRAIS COM O MESMO OBJECTO

5. O art. 60º, nº 2, do Código das Sociedades Comerciais prevê que, “havendo várias ações de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do nº 2 do art. 275º do Código do Processo Civil”⁴⁶.

Esta disposição, além de ter uma óbvia finalidade de racionalização processual, visa prevenir soluções jurídicas díspares relativamente à validade da mesma deliberação⁴⁷.

Vigorando, no Direito alemão, para as ações de declaração de nulidade de deliberações sociais interpostas nos tribunais estaduais, uma norma semelhante àquela percebendo-se facilmente que a transposição dessa norma para as arbitragens suscitaria dificuldades, o BGH veio exigir, no seu acórdão 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 desta⁴⁸.

Naquela cláusula deveria, assim, determinar-se que o início de uma ação de anulação ou declaração de nulidade preclui o direito de os outros sócios proporem outra ação 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 ação que primeiro começou, das ações posteriormente instauradas⁴⁹, tal como o § 246 (3) da *AktG* preceitua para as ações judiciais com esse objecto, o BGH procurou, por esta via, impedir a submissão de várias ações sobre a invalidade da mesma deliberação social a diferentes tribunais arbitrais – o que impediria que as sentenças arbitrais proferidas em tais litígios pudessem ter *eficácia geral* no seio da *sociedade*⁵⁰ e, consequentemente, 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-me que, também perante o Direito português, em que os dados legislativos relativos ao regime das ações de invalidade de deliberações sociais

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

47 Neste sentido, v. CORDEIRO, A. Menezes. Ob. cit., p. 754.

48 E, consequentemente, da validade da sentença proferida em ação movida com base naquela convenção.

49 Não conheço nenhuma lei de arbitragem que o faça. Acresce que, tratando-se de arbitragens *ad hoc*, não vejo 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.

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

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 ações.

Por outro lado, não vejo 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 ações arbitrais de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações sociais⁵¹, 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 apensação das ações iniciadas perante diferentes tribunais estaduais, que é estabelecida pelo art. 60º, nº 2, do C.S.C.⁵²

E) DECISÃO SEGUNDO O DIREITO

6. A actual LAV preceitua, no seu art. 22º, 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 ações com este objecto não pode deixar de assentar em juízos de estrita legalidade⁵³, não existindo aí espaço para a intervenção de critérios de equidade⁵⁴.

Parece ter sido essa a razão pela qual o art. 36 (1) do Decreto Legislativo nº 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

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

52 Questão distinta desta é a de saber o que acontecerá, se um terceiro (p. 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 dos arts. 286º do C.C. e 26º do C.P.C.), propuser ação com esse objecto perante o tribunal judicial competente, antes ou depois de se iniciar uma ação 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, entendo que, sendo inadmissível que ambas as ações possam prosseguir e conduzir a decisões contraditórias, deverá prevalecer a ação judicial e extinguir-se a ação arbitral, porque a eficácia subjectiva da decisão a proferir na primeira será mais ampla que a da segunda. O fundamento desta extinção será (parece-me) a inutilidade superveniente da lide ou a litispendência, consoante a ação arbitral haja começado antes ou depois da ação judicial.

53 Comentando esta solução do direito italiano, a Professora 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).

54 Também a decisão destes litígios por "composição amigável" (terceiro critério de decisão previsto quer na actual LAV quer na Proposta de Nv.LAV) parece ser de excluir nas ações de invalidade de deliberações sociais submetidas a árbitros.

segundo o direito, mesmo que na cláusula compromissória os autorize a decidir segundo a equidade⁵⁵.

Embora o acórdão do BGH, de 06.04.2009, não se tenha pronunciado sobre esta matéria, o supramencionado Regulamento Suplementar para a Arbitragem de Litígios Societários, adoptado pela *DIS*, conduz implicitamente à imposição de que os árbitros decidam segundo o direito os litígios societários nele referidos, pois que, para que estes pudessem ser decididos segundo a equidade, seria necessário (de acordo com a lei da arbitragem alemã) que essa possibilidade fosse admitida na cláusula compromissória proposta. Ora, não é isso o que resulta desse Regulamento.

F) CONCLUSÃO SOBRE A ARBITRABILIDADE DESTAS AÇÕES

7. Através das considerações que sucintamente desenvolvi, examinei as condições que devem ser preenchidas para que as ações de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais possam ser decididas por árbitros.

Como expliquei, 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 ação e, por outro lado, o facto de a anulação ou nulidade da deliberação decretada/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 ação.

Em relação às ações propostas perante os tribunais judiciais, o legislador resolveu essa aporia através das disposições dos arts. 60º e 61º 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 ações especificamente suscitam, procurei identificar modos de conformar e organizar a arbitragem, traduzido em dispositivos a inscrever na respectiva convenção, mediante os quais se cumpram as premissas das soluções normativas consagradas daqueles arts. do C.S.C.

Em minha opinião, a inclusão deste dispositivos na cláusula compromissória estatutária permitirá remover aquele obstáculo à arbitrabilidade desta categoria de ações.

55 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"; cf. BENEDETTELLI, Massimo; CONSOLO, Claudio; DI BROZOLO, Luca Radicati. *Ob. cit.*, p. 424-425.

III – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUGERIDA

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 tribunal⁵⁶ 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 compromissória⁵⁷.
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 arts. 57º a 61º 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 designar⁵⁸ os três membros do tribunal arbitral e nomear quem presidirá a este;
 - b) A administração (gerência) da Sociedade citada para a ação arbitral supra-referida, deverá comunicar aos sócios e ao órgão de fiscalização da sociedade, por carta registada com aviso de recepção⁵⁹, enviada nos 5 dias seguintes, que a ação foi instaurada e que eles podem nela intervir, associando-se ao demandante ou à demandada;
 - c) A partir da instauração da ação 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 ação 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 ação arbitral iniciada, associando-se a

56 *Em alternativa:* [...], por um árbitro designado de acordo...

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

58 *Em alternativa:* [...] designar o árbitro único.

59 *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.

- 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 comunicação⁶⁰ referida na alínea b) não poderá propor outra ação arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade da deliberação social a que respeitar a ação arbitral proposta em primeiro lugar;
 - f) Se, não obstante o disposto na alínea anterior, forem propostas outras ações de anulação ou de declaração de nulidade da mesma deliberação social, deverá o Presidente do Centro ordenar a sua junção, apensando-se as ações 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 ação.
4. Em qualquer ação proposta contra a sociedade, em que se verifique a situação de conflito de interesses prevista no art. 21º, nº 2, do Código do Processo Civil, poderá o tribunal arbitral⁶¹, se lhe for requerido por quem nisso tenha interesse relevante, designar um representante especial da sociedade para essa ação.
 5. O tribunal arbitral⁶² 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 arbitral⁶³ decidirá segundo o direito e da sua sentença não haverá recurso.

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

61 *Em alternativa: O árbitro...*

62 *Em alternativa: O árbitro...*

63 *Em alternativa: O árbitro...*