

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



*Arbitragem Societária, alguns problemas: as cláusulas compromissórias nas relações
intra-societários*

João Miguel Comenda António

Dissertação de Mestrado do ramo de Ciência e Prática
Jurídica, na especialidade de Direito de Empresa.

2020

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



*Arbitragem Societária, alguns problemas: as cláusulas compromissórias nas relações
intra-societários*

Dissertação de Mestrado do ramo de Ciência e Prática
Jurídica, na especialidade de Direito de Empresa.

Trabalho realizado sob a regência do Senhora Professora Doutora Catarina Monteiro
Pires.

2020

Índice

Índice	2
Resumo	4
Abstract	5
Notas de Leitura	6
Abreviaturas	7
1. Introdução e Delimitação do objeto do estudo.....	8
§ Capítulo I – A figura da Arbitragem	12
2. Da figura da arbitragem	12
2.1 Enquadramento	12
2.2. A Arbitrabilidade do litúgio	14
2.3. Arbitrabilidade em sentido objetivo e subjetivo	17
2.4 Arbitrabilidade em litígios societários	19
§ Capítulo II – Vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias.....	22
3. Cláusulas arbitrais constantes dos estatutos sociais	22
3.1. Enquadramento	22
3.2. Âmbito de aplicação de uma cláusula compromissória	26
3.2.2. Direito Estrangeiro	29
3.2.2.1 O caso especial do ordenamento brasileiro	31
3.2.2.2. Posição assumida na Alemanha	43
3.3 Posição assumida em Portugal	45
3.4. Direitos Especiais	49
3.4.1. Momento da Constituição dos Direitos Especiais.....	57
3.4.2 Síntese conclusiva	60
3.5. Vinculação dos sócios à cláusula compromissória: posição adotada	61
A) Possível renúncia à função jurisdicional	61
B) Uma Ditadura de minorias	62
C) Direito de acesso aos tribunais enquanto direito especial.....	63
D) Vinculação de sócios futuros.....	64
§ Capítulo III – Vinculação de órgãos de administração e aspetos processuais	66
4. Vinculação dos órgãos sociais a cláusulas compromissórias	66
5. Vinculação da própria sociedade a cláusulas compromissórias.....	75

6. Eficácia do Caso Julgado	75
Conclusões	79
Referências Bibliográficas	84

Resumo

No âmbito do nosso estudo, tentaremos demonstrar a importância da arbitragem societária enquanto mecanismo adequado na resolução de litígios intra-socetários.

Desta forma, analisaremos a evolução desta figura, nomeadamente através da mudança de paradigma que se deu relativamente ao critério da arbitrabilidade que foi alterado em 2011, passando a consagrar como critério subjetivo a patrimonialidade do objeto.

Por outro lado, analisaremos a suscetibilidade de vinculação às cláusulas compromissórias por parte dos sócios, analisando potenciais contingências associadas a sócios dissidentes ou futuros, bem como qual a maioria deliberativa necessária para aprovação da implementação destas cláusulas nos estatutos sociais. Não obstante, analisar-se-á a possibilidade de também estas cláusulas vincularem órgãos sociais e em que medida.

Por fim, analisaremos a questão da extensão do caso julgado das sentenças proferidas em mecanismos arbitras, bem como a possível intervenção de terceiros neste processo.

Desta forma, iremos terminar com os requisitos processuais que deverão ser cumpridos em casos de se verificarem litígios intra-societários, face a uma regulamentação arbitral societária inexistente.

Palavras-chaves: Arbitragem / Cláusulas Compromissórias / Direito societário / Litígios Intra-societários / Estatutos Sociais.

Abstract

As part of our study, we will try to demonstrate the importance of corporate arbitration as one of the most appropriate mechanisms in the resolution of intra-society disputes.

Thus, we will analyze the evolution of this figure, namely through the paradigm shift that occurred in relation to the criterion of arbitrariness that was changed in 2011, consecrating as a subjective criterion the patrimoniality of the object.

On the other hand, we will analyze the susceptibility of the shareholders to be bound to the arbitration clauses, analyzing potential contingencies associated with dissenting or future shareholders, as well as what is the deliberative majority required to approve the implementation of these clauses in the articles of association.

Nevertheless, the possibility of these clauses also being binding on corporate bodies will be analyzed and to what extent.

Finally, we will examine the question of the extent of the *res judicata* made in arbitration mechanisms, as well as the possible intervention of third parties in this process.

In this way, we will end with the procedural requirements that must be met in cases of these disputes, in the face of non-existent corporate arbitration regulations.

Key-words: Arbitration / Arbitration clauses / Corporate Law / Intra-corporate litigation / Bylaws.

Notas de Leitura

Citações Bibliográficas

No âmbito do presente estudo, citaremos as obras e os autores, em nota de rodapé, de modo completo apenas a primeira vez. Nos restantes casos, as obras e os autores são citados na sua forma abreviada. De outro modo, caso o mesmo autor seja citado por mais do que uma vez em diferentes obras, de modo a não confundir o leitor, identificaremos sucintamente a obra em causa na citação abreviada. Desta forma, para uma referência completa às obras consultadas na preparação do presente estudo, serão repetidas apenas na parte relativa à bibliografia utilizada.

Ortografia e outras indicações

O texto produzido no presente trabalho de investigação segue as normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990), aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 43/91, ambos de 23 de agosto, em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 13 de maio de 2009, nos termos do Aviso n.º 255/2010, de 17 de setembro, do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Os títulos das obras citadas, bem como os excertos transcritos, não sofrem qualquer alteração à ortografia original.

O texto em itálico ou sublinhado é, respetivamente, utilizado para palavras estrangeiras ou em latim e para enfatizar alguma ideia ou sentido do texto. As referências a decisões jurisprudenciais sem indicação de outra fonte foram consultadas em www.dgsi.pt.

Abreviaturas

AG - Aktiengesellschaft

ArbGG - Arbeitsgerichtsgesetz

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

CC – Código Civil

CCI – Câmara de Comercio Internacional (ICC – International Chamber of Commerce)

CNUDCI - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

CPC – Código de Processo Civil

CPC Italiano – Código de Processo Civil Italiano

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

GmbH – Sociedade de Responsabilidade Limitada

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

ZPO – Código Civil Alemão

1. Introdução e Delimitação do objeto do estudo

Face a um tema tão abrangente como é o da arbitragem societária, será imperativo delimitar o âmbito do estudo que nos propomos a realizar. Neste sentido, a presente exposição ficará limitada à suscetibilidade de sujeição de litígios intra-societários a arbitragem que dependa da vontade das partes, ficando desde logo excluída a figura da arbitragem necessária ou obrigatória¹.

Por litígios intra-societários, entendem-se todos aqueles que se reportem a litígios entre os sócios e a sociedade; entre sócios relativamente ao exercício de direitos sociais bem como aos litígios entre a sociedade e os membros dos órgãos sociais²⁻³. Por outro

1 De uma forma simplista, poderemos afirmar que a distinção quanto ao binómio da arbitragem voluntária-necessária reside no facto de na primeira, serem as próprias partes a decidirem, dentro da sua liberdade, se um determinado litígio será ou não objeto de uma convenção arbitral, ficando somente vinculadas após o momento da sua celebração.

Em contraste, estaremos perante a figura da arbitragem necessária, sempre que seja obrigatória por Lei que um determinado litígio deva ser submetido a um tribunal arbitral, carecendo assim as partes de liberdade sobre quem julgará o litígio.

Por outro lado, poder-se-á dizer que a arbitragem voluntária (que será o caso da arbitragem societária) tem origem contratual, na medida em que provem das partes que pretendem sujeitar o litígio a arbitragem; resultando a sua jurisdicionalidade dos poderes atribuídos pelo contrato (Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 120; Carlos Ferreira de Almeida, Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções), Coimbra: Almedina, 2008, pp. 82 e ss.).

Podemos distinguir a arbitragem institucionalizada da arbitragem *ad hoc*, na medida em que enquanto a primeira se realiza perante uma instituição arbitral que possui carácter de permanência, a segunda é constituída unicamente para um determinado litígio, sendo que esta não existe antes do litígio e se extingue após a sua decisão (Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p. 123).

2 Desta forma, ficarão de fora de tal conceção, os litígios emergentes de acordos parassociais celebrados entre sócios, entre estes e a sociedade, ou, porventura, entre estes e terceiros, uma vez que tais litígios assumem natureza contratual. Assim, apesar de o artigo 17.º do CSC enunciar apenas os acordos entre sócios como “parassociais”, tal mecanismo será também extensível a terceiros ao contrato, por recurso a analogia. Por outro lado, veja-se que os estatutos sociais vinculam a sociedade e o os sócios, sendo oponíveis a terceiros, contrastando assim com os acordos parassociais que não são oponíveis à sociedade, vinculando somente os seus intervenientes. (Cfr. Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial: Das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 148-152).

Não obstante, apesar de se poder recorrer a arbitragem em litígios que se suscitem perante conflitos que resultem de acordos parassociais, a arbitragem que daí provenha não será societária na medida em que tal litígio se encontra fora do círculo intra-societário, uma vez que ficam “à margem da regra excecional de efeitos *inter-omens* da decisão”. Veja-se que que é esse mesmo efeito *inter-omens* relativamente à decisão sobre litígios societários que representa o elemento caracterizador do que poderemos considerar uma verdadeira arbitragem societária (Cfr. Pedro Maia, Arbitragem societária: presente e prospectiva, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano X, Coimbra: Almedina, 2017, p. 45, nota de rodapé 17).

3 Será de notar que a existência de cláusulas arbitrais poderá levar a uma valorização da própria sociedade, na medida em que estas poderão favorecer um investimento a longo prazo, levando a que se desincentivem atitudes de “*short-term*” (Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira - Brevíssima introdução à arbitragem societária, Revista de Direito Civil, ano IV, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2019, p. 469).

lado, mecanismos como a mediação⁴ ou a conciliação⁵ para resolução de conflitos societários distinguem-se da figura da arbitragem⁶, pelo que também estas não serão objeto de análise no presente estudo. Tal opção mantém-se mesmo nos casos em que a sua adoção seja conciliada com recurso a mecanismos arbitrais⁷.

4 Prescreve o artigo 2.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril que Mediação designa “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”. Assim, esta figura caracteriza-se por ser um meio alternativo de resolução de conflitos, em que são as próprias partes que tem o domínio do processo (*empowerment*). Este mecanismo assenta no pressuposto de que é nas partes que reside a solução do problema, e que será através delas que se encontrará a solução do litígio. Neste sentido, o mediador não dirige o processo nem impõem qualquer acordo, a sua função é a de auxiliar as partes no seu diferendo, ajudando-as a restabelecer a comunicação e a encontrar a soluções adequadas. O Mediador é assim um terceiro ao processo, que nada pode impor aos mediados (Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, pp. 48-49; António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem em comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro, Coimbra: Almedina, 2015, p. 17).

5 Por seu lado, relativamente à conciliação, esta poderá ser definida como um mecanismo pelo qual um juiz ou árbitro promove e conduz as diligências necessárias para a solução de um litígio por acordo das partes. Por outro lado, o conciliador procura que as partes cheguem a acordo, não decidindo relativamente ao caso. Neste sentido, diverge da mediação, uma vez que o conciliador tem um efetivo poder “que altera a dinâmica do mecanismo de resolução de litígio” (Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, pp. 105-106). Por outro lado, o objetivo do conciliador – que é um terceiro perante as partes –, será o de acompanhar as partes, com vista a chegar a uma solução aceite por ambas (Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem ..., *ob. cit.*, p. 16). Em síntese, a figura da mediação e da conciliação, baseiam-se na intervenção de um terceiro ao caso, que terá como objetivo ajudar as partes a chegarem a um acordo; enquanto na mediação, o mediador não possui poder decisório, na conciliação, existirá o auxílio de um juiz que julgará o caso, se as partes não chegarem a um acordo (Cfr. Mariana França Gouveia, Resolução alternativa de Litígios..., *ob. cit.*, pp. 10-11). Por seu lado, distinguem-se estas figuras da arbitragem, uma vez que nesta, é um terceiro ao litígio que decide, de forma vinculativa. Assim, ao contrário das outras figuras, na arbitragem deixam as partes de ter um domínio pleno do processo. No fundo, os litígios que sejam sujeitos a tribunais arbitrais, serão objeto de uma função jurisdicional, na medida em que em causa está o poder para decidir sobre aqueles determinados litígios, apesar de serem de natureza contratual.

6 A realidade da Arbitragem em Portugal pode desde logo ser subdividida tendo em conta o valor económico subjacente. Desta forma, perante litígios de menor valor, esta é por vezes financiada e regulada pelo Estado (veja-se o caso das arbitragens em casos de consumo). Por outro lado, em litígios de maior monta, como são os societários, a arbitragem demonstra-se como uma boa alternativa aos tribunais judiciais, na medida em que as partes podem escolher pessoas altamente especializadas para decidirem os seus litígios, bem como garantir celeridade no julgamento dos mesmos (Cfr. Mariana França Gouveia, Resolução alternativa de Litígios..., *ob. cit.*, p. 51). Veja-se que já PEDRO BATISTA MARTINS relativamente à arbitragem brasileira, considera de que a “vantagem das vantagens na adoção do juízo arbitral nas questões internas que envolvem as pessoas empresariais e seus sócios seja a rapidez na solução dos problemas” (Cfr. Pedro Batista Martins, A Arbitragem nas Sociedades de Responsabilidade Limitada, p. 2, disponível em: <http://batistamartins.com/en/arbitragem-nas-sociedades-de-responsabilidade-limitada/>).

7 Referimo-nos a cláusulas estatutárias que prevejam a existência de um processo de mediação prévia à arbitragem ou vice-versa (as chamadas “Med-Arb” ou “Arb-Med”, consoante a mediação proceda a arbitragem ou lhe suceda. (Cfr. Pedro Maia, Arbitragem societária..., *ob. cit.*, p. 45). Perante este tipo de cláusulas compromissórias de modelo híbrido, estaremos perante as designadas cláusulas escalonadas, sempre que se preveja a mediação ou negociação como mecanismo preliminar à arbitragem. Por outro lado, tal como nota MIGUEL CANCELLA DE ABREU, dever-se-á evitar de que quem auxilia as partes a chegar a um entendimento se torne árbitro do litígio em caso de insucesso na obtenção de um acordo. Tal fundamento retira-se do facto de o árbitro dever se uma entidade que não se deverá aproximar das partes para obter informações que revelem os interesses “cujo equilíbrio as partes pretendem compor”. Nesta

No mesmo sentido, não nos dedicaremos a analisar mecanismos de fonte estatutária que visem a criação de órgãos *ad hoc* destinados dirimir conflitos entre sócios ou entre membros de órgãos sociais⁸. Tal justificação retira-se do facto de o órgão a quem seja atribuído o poder de mediar ou decidir não constituir um verdadeiro tribunal nem de a sua decisão ser arbitral, uma vez que não reveste a forma própria de um processo e por se tratar de um mecanismo de decisão interna da Sociedade. Em tais circunstâncias, é ainda a sociedade, ao abrigo de um mecanismo previsto nos estatutos, a formar uma decisão, uma deliberação. Também ficarão de fora os mecanismos de “*Texan shot-out*”, que se baseiam no direito de um sócio, sem recorrer a um tribunal, poder excluir aquele com quem tem o litígio ou de sair da própria sociedade, uma vez que este é um mecanismo de natureza contratual⁹.

Ora a vida societária é na grande maioria das vezes regida por decisões tomadas em deliberações de acionistas, que devem, à partida, ser aceites e executadas por todos os sujeitos societários. No entanto, nem sempre todos os sócios concordam com as deliberações que são tomadas. Neste contexto, a introdução de uma cláusula compromissória poder-se-á revelar adversa à vontade de alguns dos sócios. Em boa verdade, a arbitragem é um mecanismo de resolução alternativa de litígios que resulta da vontade das partes em seguir a via arbitral. Assim, para que as partes possam sujeitar o seu litígio a arbitragem será necessário que seja celebrado entre as partes uma convenção de arbitragem.

Contudo, a dificuldade prende-se com o facto de o instituto da arbitragem se encontrar pensado para situações simples em que se encontram em litígio poucas partes, sendo que, no contexto da arbitragem societária, esta envolve muitas das vezes uma pluralidade de sujeitos.

Por outro lado, a importância do acordo para a via arbitral manifesta-se no sentido de passar a existir um direito potestativo a arbitragem que retira a possibilidade de as

medida, faltaria sempre confiança das partes perante o árbitro (*Cfr.* Miguel Cancell de Abreu, Algumas reflexões sobre os processos híbridos Med/Arb e Arb/Med/ARb, *in* Estudos em Homenagem a Rui Pena, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 779-780).

⁸ Tais conflitos poderão dizer respeito ao exercício de competências ou de interpretação da esfera de poderes quanto a situações de impasse ou de bloqueio do funcionamento societário, ou destinados a sancionar, comportamentos de membros de corpos sociais ou de sócios. Tais mecanismos que podem revelar-se especialmente úteis em sociedades com dois sócios ou dois grupos de sócios com igual percentagem de capital, que facilmente chegam a situações de bloqueio (“*deadlock*”).

⁹ *Cfr.* Pedro Maia, Arbitragem societária..., *ob. cit.*, p. 44-46 e nota 18.

partes seguirem a via jurisdicional quando alguma das partes decida seguir a via arbitral. Veja-se que a obrigatoriedade de forma escrita da cláusula compromissória tem como pressuposto as partes ponderarem as consequências da adoção da via arbitral, de forma a que não existam incertezas relativamente à jurisdição que irá dirimir o litígio. Neste sentido, “*a celebração de uma convenção arbitral, não é mais do que configurar outro modo, legalmente permitido, o direito de acção que o direito subjectivo comporta (nomeadamente o artigo 60.º, n.º 1 CSC); isto é, direccionar o direito de acesso aos tribunais (...) para a jurisdição arbitral*”¹⁰.

Assim, uma vez que até ao dia em que se escrevem as presentes linhas não ter sido aprovado um qualquer regime que vise tutelar a arbitragem societária¹¹, teremos que ter em conta na nossa análise o Regime da Arbitragem Voluntária consagrado pela Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro (“LAV”). Deste forma, tentar-se-ão levantar questões quanto à vinculação das partes a este tipo de clausulado.

Não obstante, na nossa análise, olhar-se-á ainda para referências de outros ordenamentos, com especial enfoque nas soluções consagradas pela doutrina brasileira e alemã.

Com base no exposto, analisaremos se e de que forma deverão as cláusulas compromissórias vincular todos os acionistas, mesmo os ausentes ou dissidentes, bem como analisar a sua extensão de aplicação aos órgãos societários.

Neste sentido, analisaremos em primeiro lugar o novo sentido dado pelo critério da arbitrabilidade que surge com a atual redação da LAV, para depois discutirmos o carácter de vinculação e extensão desta cláusula.

No final, analisaremos questões de âmbito processual, nomeadamente quanto à intervenção de terceiros na arbitragem e a eficácia do caso julgado.

¹⁰ Cfr. António Sampaio Caramelo, Arbitragem de Litígios Societários, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Lisboa: Almedina, 2011, pp. 37-39; Tânia Vanessa Zarco de Oliveira dos Santos, A Arbitrabilidade das Questões Societárias: a impugnação das deliberações sociais; Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2012, p. 30.

¹¹ Pese embora o projeto apresentado e discutido pela APA em 2016 que visava criar um diploma que regulasse as regras aplicáveis à arbitragem em matéria societária.

§ Capítulo I – A figura da Arbitragem

2. Da figura da arbitragem

2.1 Enquadramento

Em traços gerais, poderemos designar a figura da arbitragem como uma forma de resolução de litígios, entre duas ou mais partes, por outra ou outras pessoas, a quem é conferido por lei o poder para decidir aquele diferendo, que lhe foi atribuído por convenção das partes¹². Neste sentido, a convenção de arbitragem (*schiedsvereinbarung*) representa a celebração de um negócio jurídico, onde as partes estabelecem que um determinado litígio irá ser julgado por árbitros. Assim, as partes regulam a constituição do tribunal arbitral e o respetivo processo, ainda que condicionados por princípios processuais¹³. Veja-se que à luz do artigo 30.º da LAV¹⁴, as partes podem escolher a tramitação processual que será adotada até à escolha do primeiro árbitro, sendo que na ausência dessa escolha, serão os próprios árbitros a determinar as regras que serão aplicadas.

Desta forma, a produção de efeitos da convenção arbitral depende da sua validade e eficácia, sendo aplicáveis as regras gerais relativas ao negócio jurídico em tudo quanto não se encontre especificamente regulado¹⁵.

12 Cfr. Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem... *ob.cit.*, p. 33.

13 Cfr. Iñaki Paiva de Sousa, A Cláusula compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo, Mestrado Forense, Lisboa: Universidade Católica de Direito, 2011, p. 2.

14 “As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem (...)”.

15 Cfr. Mariana França Gouveia, Resolução alternativa de Litígios..., *ob. cit.*, p. 52.

Desta forma, se o litígio já existir aquando da celebração da convenção arbitral, estaremos perante um compromisso arbitral; se de outra forma se visarem prevenir litígios futuros, estaremos perante uma cláusula compromissória¹⁶⁻¹⁷.

Por outro lado, a eficácia conferida a uma convenção de arbitragem, está sujeita a forma especial, dependendo da adoção da forma escrita (número 1 do artigo 2.º da LAV)¹⁸. Apesar disso, aplicam-se as regras do Código Civil respeitantes à interpretação, tal como se retira do seu artigo 238.º. Contudo, tal como prescreve o número 2 deste artigo, dever-se-á ter e conta o sentido que consta na cláusula compromissória, sendo que não poderá esta ser interpretada com um sentido diferente daquele que lhe foi dada¹⁹.

Ainda assim, existe a possibilidade da celebração da convenção de arbitragem por remissão para documento contratual que contenha uma cláusula compromissória (número

16 Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem ..., *ob. cit.*, p. 86. No mesmo sentido veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (Jorge Santos), processo n.º 3094/2004-7, de 18-05-2004 que refere “a cláusula compromissória é um negócio jurídico bilateral em ordem à fixação de um tribunal arbitral constituído por árbitros escolhidos pelos outorgantes para dirimir futuros e eventuais litígios emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual. Diversamente, o compromisso arbitral tem por objecto um litígio já existente e actual”; bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Azevedo Ramos), processo n.º 05A2222, de 04-10-2005, que define “A convenção de arbitragem designa-se «compromisso arbitral», quando respeita a um litígio actual e «cláusula compromissória», quando se reporta a litígios eventuais, emergentes de uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”. Ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

17 No ordenamento germânico, diferentemente do compromisso arbitral, a cláusula compromissória releva-se como uma cláusula contratual (§ 1029 (2) - *Eine Schiedsvereinbarung kann in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden*).

O mesmo entendimento é seguido no ordenamento italiano (artigo 808.º do CPC Italiano - *Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807*). Neste sentido, por favor *vide* Iñaki Paiva de Sousa, *ob. cit.*, p. 6. Assim, neste ordenamento, o Compromisso (*Compromesso*), surge no artigo 807.º do CPC Italiano, onde se demonstra a sua obrigatoriedade de forma escrita e de identificação do objeto que se sujeita a litígio, sob pena de nulidade. Quanto à cláusula compromissória (*Clausola compromissória*), a sua validade depende da especificação pelas partes, no contrato principal ou em documento separado, que os litígios que surjam de relações contratuais deverão ser sujeitos a arbitragem (Cfr. Maxwell Silva Lapa, *ob. cit.*, p. 85).

18 Este artigo 2.º corresponde ao enunciado na Lei-Modelo da UNCITRAL (número 2 do artigo 7.º), sendo que esta se baseou no artigo 2.º da convenção de Nova Iorque. Por outro lado, entende-se como forma escrita a convenção que resulte de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação, incluindo meios eletrónicos de comunicação (número 2 do artigo 2.º da LAV) ou que conste de suporte eletrónico, magnético, ótico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e comunicação (número 3 do artigo 2.º da LAV). No direito inglês, a exigência de convenção de arbitragem assinada pelas partes é preterida.

19 Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, p. 91.

4 do artigo 2.º da LAV²⁰⁻²¹). A justificação para a forma escrita retira-se do facto de a convenção afastar o recurso aos tribunais estaduais, sendo assim necessário assegurar que as partes ponderaram devidamente as consequências da sua opção e de evitar incertezas quanto á jurisdição competente.

2.2. A Arbitrabilidade do litígio

A arbitrabilidade é ainda um requisito de validade da Convenção de arbitragem, sob pena de ser considerada nula face ao artigo 3.º da atual LAV, pelo que se o litígio for inarbitrável, deverá o juiz considerar-se incompetente e se já existir sentença, esta poder ser suscetível de anulação. A Arbitrabilidade designa, desta forma, a aptidão de um litígio, atual ou futuro, ser suscetível de submissão a arbitragem²².

Contudo, prescrevia o até então número 1 do artigo 1.º da já revogada Lei n.º 31/86, de 27 de Agosto²³, que se adotava o critério da disponibilidade do direito, como aquele que determinaria se o litígio poderia ou não ser sujeito a arbitragem.

Nesse sentido, considerava ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO à luz da antiga Lei, de que a adoção do critério da disponibilidade do direito determinaria a exclusão da submissão a arbitragem de litígios relativos à nulidade do contrato de sociedade e à nulidade de deliberações de órgãos sociais. O autor apontava para tal, o facto de não existir, neste tipo de ações, espaço para a livre disposição das partes, e que dessa forma não poderiam tais litígios ser decidido com recurso à arbitragem. Em causa, estaria o

20 “*Todos os sócios e titulares de órgãos sociais, incluindo aqueles em que tal qualidade seja objeto de litígio, estão vinculados pela cláusula compromissória constante dos estatutos da Sociedade a partir do momento em que esta se torna eficaz*”.

21 Contudo, se estas cláusulas constarem em qualquer outra figura ou mecanismo que não os estatutos, está apenas será vinculativa para os seus signatários, não tendo assim a possibilidade de vincular sócios futuros, que não tenham aderido expressamente a esta convenção.

22 Cfr. António Sampaio Caramelo, A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitrabilidade-do-litigio/>, consultado pela última vez em 20 de janeiro de 2020; como enuncia ANDRESSA BATISTA GÓES “*a arbitrabilidade é a qualidade ou aptidão para que o litígio possa ser submetido à arbitragem, isto é, à decisão de um tribunal arbitral. Dito de outro modo, é o critério que delimita quais litígios são arbitráveis e, conseqüentemente, a jurisdição do tribunal arbitral*” (Cfr. Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, p. 20).

23 “*Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*”.

facto, de se fundamentar que tais matérias se encontravam perante o escopo da ordem pública²⁴.

Por seu lado, RAÚL VENTURA mostrava-se também contra o recurso à arbitragem perante questões de anulação de deliberações sociais que respeitassem a questões de direitos de terceiros ou ao interesse da sociedade relativamente ao desenvolvimento das suas atividades sociais, seguindo de perto a jurisprudência da Cassação italiana. Contudo, este autor, concordava de que ações de responsabilidade relativamente a gerentes, administradores ou diretores perante a sociedade, “*parece que os requisitos estabelecidos para a disponibilidade do direito de indemnização (designadamente para a renúncia ou transacção) devem constituir também requisitos da arbitrabilidade*”²⁵.

Todavia, este critério padecia de fragilidade, na medida em que não apresentava de forma inequívoca em que situações se poderia sujeitar a arbitragem litígios de matriz societária. Contudo, já o autor apontava, antes da entrada em vigor da atual LAV, que tais problemas não se colocariam se o critério adotado fosse o critério da patrimonialidade²⁶.

Tal critério viria a ser adotada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, onde ficou expressamente plasmado que “*desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial*”²⁷ pode ser cometido pelas partes,

24 Cfr. António Sampaio Caramelo, Arbitragem de Litígios... *ob. cit.*, pp. 11-12. No mesmo sentido Vide Raúl Ventura, Convenção de Arbitragem, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, setembro, 1986, pp. 5-48.

25 Cfr. Raúl Ventura, Convenção de arbitragem, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 46, Lisboa, pp. 289-413 *apud* Luís de Lima Pinheiro, Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais), disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/>, consultado pela última vez no dia 12 de Abril de 2020.

26 “[D]ada a natureza patrimonial que assumem, direta ou indiretamente, os interesses em jogo nos litígios intra-societários, são estes pacificamente considerados como arbitráveis, à luz deste critério”.

27 Sublinhado nosso.

mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”²⁸⁻²⁹. Assim, este critério seria de aplicação muito simples: sempre que se estiver perante um interesse pecuniário ou económico, a arbitragem é admissível³⁰.

Ora por interesse, entende-se a posição jurídica reconhecida pelo Direito, a qual, quando postergada, dá azo a um dano; patrimonial, por seu turno, é a qualidade assumida pelo *quid* que tendo em conta o conteúdo económico, possa ser trocado por dinheiro. Deste modo, ficarão de fora do conceito de arbitrabilidade realidades que não tenham relevância jurídica, isto é, que não sejam consideradas interesses à luz da definição acima exposta. Pense-se em questões de trato social ou de “honra”, quando não estejam em jogo danos indemnizáveis ou compensáveis. Por outro lado, são ainda arbitráveis todos os litígios respeitantes a interesses não patrimoniais, desde que estes possuam a

28 Em consonância com o regime português, outros ordenamentos seguem o critério da patrimonialidade. No Ordenamento suíço, o critério da patrimonialidade é aplicável a todas as pretensões que tenham um valor pecuniário para as partes, a título de ativo ou de passivo. Desta forma, desde que os direitos que apresentem um interesse suscetível de avaliação pecuniária, o litígio será arbitrável. (Cfr. António Sampaio Caramelo, A disponibilidade do direito..., *ob. cit.*, p. 5).

No Direito alemão é seguida a mesma linha de pensamento, sendo que o §1030 (1) do ZPO enuncia que qualquer pretensão que envolva um interesse económico pode ser objeto de uma convenção de arbitragem. Por outro lado, à semelhança do regime português, uma convenção de arbitragem relativa a pretensões que não envolvam um interesse económico, será juridicamente eficaz na medida em que as partes possam sobre elas concluir transações. Não obstante, existem matérias que só podem ser dirimidas em tribunais jurisdicionais, tais como casamento, pois a lei alemã prevê uma jurisdição exclusiva para certas matérias, sendo em por regra, as disputas societárias não se encontram perante tais limitações (Cfr. Christian Duve, Arbitration in Germany: the Model Law in Practice / ed. by Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, Patrica Nacimiento, Publisher Alphen aan den Rijn [etc.] : Kluwer Law International, 2007, pp. 979-980).

Por seu lado, em ordenamentos como o brasileiro, são adotados critérios mistos, isto é, só são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos patrimoniais disponíveis (veja-se o artigo 1.º da Lei Brasileira de Arbitragem ao consagrar que “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Por outro lado, e à semelhança do que se passa em Portugal, parece ser aceite pela maioria da doutrina que os litígios societários dizem respeito a direitos de natureza patrimonial, uma vez que as sociedades tem como finalidade o lucro (Cfr. Diego Franzoni, Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito Brasileiro, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano X, Coimbra: Almedina, 2017, p. 10; Pedro Batista Martins, Arbitragem no direito societário, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 192-195.). Por outro lado, terá o direito que ser disponível, devendo ser apurado se existe alguma impossibilidade de submissão de determinado litígio a arbitragem, devendo tal litígio ser matéria do “*juízo estatal*”. Contudo, em matéria de arbitragem societária, não parece existir neste ordenamento norma que vede a possibilidade de recorrer à via arbitral (Diego Franzoni, *ob. cit.*, p. 11).

29 Antes da entrada em vigor da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, o âmbito de aplicação era incerto relativamente a determinados litígios societários, nomeadamente no que se refere à invalidade de deliberações sociais. O critério agora acolhido na lei – o da patrimonialidade dos interesses, a que se junta o da transacionalidade do direito – parece não deixar agora dúvidas acerca da arbitrabilidade objetiva dos litígios societários no direito português. (Cfr. Pedro Maia, Arbitragem societária..., *ob. cit.*, pp. 48-49).

30 Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução ..., *ob. cit.*, p. 142.

suscetibilidade de serem transacionáveis (número 2 do artigo 1.º da LAV)³¹⁻³². Em contraste, não são arbitráveis os litígios que estão sujeitos a arbitragem necessária e aqueles que sejam da competência exclusiva dos tribunais judiciais³³.

Com esta mudança de paradigma face ao critério da arbitrabilidade que nos foi dada com a atual LAV, a questão de sujeição de litígios societários a arbitragem fica agora resolvida, na medida em que passa agora a vigorar o critério da patrimonialidade da pretensão, sendo que a Doutrina tem vindo a acompanhar a posição de que existirá sempre um interesse patrimonial se em causa estiver um litígio societário.

2.3. Arbitrabilidade em sentido objetivo e subjetivo

A arbitrabilidade pode ser entendida em dois sentidos: em sentido objetivo e em sentido subjetivo. Assim, a arbitrabilidade em sentido objetivo, caracteriza-se pela suscetibilidade do litígio ser objeto de discussão por árbitros, *i.e.*, representa as características próprias do objeto da discussão, que em Portugal significa que deverá ser relativo a interesses patrimoniais e a interesses transacionáveis. No fundo, tem em conta o conteúdo do litígio, e a sua suscetibilidade de arbitrabilidade³⁴. Podemos desde logo

31 Excluídas ficam as situações que, embora patrimoniais (por exemplo convenções antinupciais) ou avaliáveis em dinheiro (por exemplo a vida humana, perante esquemas atuários), não possam licitamente, ser trocados por dinheiro. Assim, não chega a natureza económica nem a viabilidade pecuniária: necessário é que a lei permita a sua troca por dinheiro. No fundo, proibem-se determinados negócios jurídicos de “personalidade”, que deverão ser julgados com recurso aos tribunais judiciais (*Cfr.* António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem ..., *ob. cit.*, pp. 93-94; Ana Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 471).

O critério adotado pela atual LAV vai assim de encontro à solução consagrada no Ordenamento Alemão. No ordenamento inglês, o critério adotado é que serão arbitráveis todos os litígios que não se encontrem excluídos por lei. Já no ordenamento italiano, a arbitragem fica consignada ao critério da disponibilidade, à semelhança do que se registava na antiga LAV portuguesa. Segundo a Lei suíça, “*os litígios relativos a direitos de propriedade intelectual, da concorrência e da falência, bem como o essencial dos litígios relativos ao Direito das Sociedades*” consideram-se integrados no critério da patrimonialidade (*Cfr.* Luís de Lima Pinheiro, Convenção de arbitragem... *ob. cit.*, notas 5 e 6).

32 Inclui, portanto, todos os pedidos de condenação em quantia pecuniária, mas evidentemente vai muito mais além, admitindo disputas relativas a transações económicas, mesmo quando o pedido seja de cumprimento de prestação de facto ou de declaração da validade ou invalidade de atos negociais. Não podem ser objeto de transação, os litígios relativos a direitos indisponíveis. O critério da transação é, portanto, o da disponibilidade. (*Cfr.* Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p. 143).

33 São exemplos os processos criminais e de insolvência (*Cfr.* Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, pp. 135-136).

34 *Cfr.* Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p. 136; António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem ..., *ob. cit.*, p. 94.

distinguir três critérios de arbitrabilidade objetiva: a disponibilidade do direito, a ligação do litígio com a ordem pública³⁵ e a patrimonialidade da pretensão.

Já em sentido subjetivo, referimo-nos às relações entre as partes em litígio e à sua legitimidade para ver o seu litígio julgado por árbitro. No fundo, representa a suscetibilidade de entidades públicas poderem ser parte no processo arbitral. Desta forma, a celebração de convenções de arbitragem por estas entidades é admissível se existir lei

35 Apesar de não ser o nosso objetivo tecer considerações sobre o critério da ordem pública, a verdade é que esta é vista como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade dos litígios. Contudo, este é também o conceito menos seguro para as partes, na medida em que comporta o risco de estas não poderem executar a sentença arbitral fora do país onde foi proferida. Se o país do reconhecimento não for tão liberal em matéria de arbitrabilidade quanto o do lugar da arbitragem, poderá não ser possível o reconhecimento e posterior execução da decisão (*Cfr.* Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p. 138).

Como referia ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ainda durante a vigência da antiga LAV, o critério da ordem pública encontrava-se intrinsecamente ligado à questão da arbitrabilidade em sentido objetivo. Esta foi, diga-se de passagem, uma questão bastante desenvolvida pelo ordenamento francês. Assim, entendia inicialmente a doutrina gaulesa, de que nenhuma interpretação e aplicação de normas de ordem pública poderia ser sujeita a arbitragem. Contudo, veja-se que bastaria que uma das partes invocasse a exceção de ordem pública para que o litígio fosse excluído de análise arbitral. Perante esta factualidade, a doutrina francesa necessitava de evoluir, pelo que os tribunais passaram a considerar de que em determinadas situações em que em causa estivesse a ordem pública, poderiam ainda assim, ser sujeitos a arbitragem os litígios, a não ser que essa ordem pública tivesse sido violada pelo contrato ou operação. Assim, perante a relevância dada a certas matérias, pelo simples facto de serem decididos por árbitros, colocar-se-ia em causa a ordem pública (veja-se o exemplo do estado das pessoas e das falências), pelo que seriam inarbitráveis. Quanto aos contratos, dado o princípio da liberdade contratual, estes só seriam inarbitráveis se atingissem normas imperativas, pelo que apesar de os árbitros poderem regular o litígio, seriam impedidos de se pronunciarem sobre essas violações. Desta forma, se a questão principal a ser julgada tivesse com a ordem pública, estes litígios não poderiam ser sujeitos a arbitragem.

Contudo, a partir do caso *Tissot*, foi criado o precedente de que a necessidade de aplicação de uma norma de ordem pública não condenaria necessariamente à inarbitrabilidade do litígio. Todavia, o problema que se levantava era que o árbitro analisava o contrato caso concluísse que o contrato não seria válido, não poderia decretar a sua invalidade pois seria incompetente.

Perante estas críticas, o árbitro passou a ter a suscetibilidade de sancionar uma nulidade de ordem pública, desde que não contundam com determinadas situações, como o estado civil das pessoas. No fundo poderá ser arbitrável desde que não sejam matérias impedidas de serem sujeitas a arbitragem por um juiz privado (*Cfr.* António Sampaio Carmelo, *Arbitrabilidade Critério de Arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema, in IV Congresso do Centro de Arbitragem do Comércio e Indústria, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 134-140*).

Por outro lado, apesar de em Portugal a antiga LAV nunca ter feito menção à ordem pública como critério de arbitrabilidade, veja-se que a violação da ordem pública constituía fundamento para a anulação da decisão arbitral face ao primado do antigo artigo 1096.º Código de Processo Civil, uma vez que em causa estava a violação de princípios imperativos essenciais do Direito.

Veja-se que noutros ordenamentos como o inglês, alemão e italiano, a ordem pública também consta do elenco de fundamentos de anulação, embora sem referência ao seu carácter interno ou internacional.

especial que assim o possibilite, ou caso estejam em causa litígios respeitantes a relações de direito privado³⁶⁻³⁷.

2.4 Arbitrabilidade em litígios societários

Desta forma, podemos desde logo inferir que com a alteração do critério da disponibilidade para o da patrimonialidade da pretensão, poderão ser sujeitos a arbitragem os litígios que envolvam sócios e a sociedade, bem como os litígios que tenham por base uma ação social de responsabilidade dos administradores³⁸. Veja-se que face ao princípio do *favor arbitrandum*, via de regra, poderão ser arbitráveis todos os litígios que resultem das relações intra-societárias³⁹⁻⁴⁰. Não obstante, dever-se-ão verificar todos os requisitos gerais, bem como a cláusula encontrar-se inserida numa convenção de arbitragem.

36Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p.136; António Menezes Cordeiro, Tratado da arbitragem ..., *ob. cit.*, p. 95.

37“*A arbitrabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, dizendo a primeira respeito ao objeto do litígio e a segunda à possibilidade de entidades públicas serem parte de um processo de arbitragem*” (Cfr. Mariana França Gouveia, Resolução alternativa de Litígios..., *ob. cit.*, p. 53).

38 Cfr. Rui Pereira Dias, Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa), in II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra: Almedina, 2012, p. 293. No mesmo sentido, infere Paula Costa e Silva, que perante o contencioso societário, tudo poderá ser arbitrável, não sendo necessária uma enunciação casuística dos casos arbitráveis, exceto se o legislador optar por estabelecer algumas limitações quanto à arbitrabilidade (Cfr. Paula Costa e Silva, Hot topics nas especificidades processuais da arbitragem societária : disponibilidade do direito de nomeação de árbitro e objetivação do contraditório, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Almedina: Lisboa, 2017, p. 17).

39 Neste sentido ANDRESSA BATISTA GÓES enuncia que apesar de inexistir disposição legal expressa, basta que se verifiquem os requisitos da arbitragem, e a sua inclusão no âmbito da convenção de arbitragem, para que seja aplicável a todos os entes societários (Cfr. Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, pp. 24-25).

40 Veja-se que mesmo a própria Associação Portuguesa de Arbitragem, no seu anteprojeto, enunciava no seu artigo 2.º, um amplo universo de litígios:

“2 – Podem ser submetidos a arbitragem, nos termos do presente diploma:

a) Os litígios entre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal, adiante designada como Sociedade, e os seus sócios relacionados com a validade, interpretação ou execução do contrato de sociedade;

b) Os litígios entre uma Sociedade ou os seus sócios e os titulares de órgãos sociais, nessa qualidade, incluindo também os casos previstos no artigo 77.º do Código das Sociedades Comerciais;

c) A impugnação pelos sócios ou por titulares de órgão social de uma deliberação de qualquer órgão de uma Sociedade, incluindo a arguição da respetiva invalidade ou ineficácia;

d) Os litígios entre uma Sociedade e os seus sócios ou entre os sócios daquela relativamente à existência, ao exercício ou à extensão de quaisquer direitos ou deveres dos sócios perante a Sociedade;

e) As ações relativas ao exercício de direitos sociais, reguladas no Capítulo XIV do Título XV do Livro V do Código de Processo Civil.”

Na anterior redação da LAV, dúvidas suscitavam-se relativamente à arbitrabilidade de litígios societários, nomeadamente quanto a saber se o direito de impugnação de uma deliberação constituiria ou não um direito disponível. Na esteira de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, na medida em que a sujeição do litígio a um tribunal estadual para que este declare a nulidade ou anulabilidade da deliberação seria um direito renunciável, seria possível recorrer à via arbitral⁴¹.

Contudo, a jurisprudência francesa parece apontar no sentido de que não deverão ser arbitráveis os litígios que tenham por referência a competência dos órgãos sociais e da sua organização, uma vez que estes não poderão dispor sobre as competências dos órgãos da sociedade e por se tratar de matérias regidas por normas de ordem pública. Desta forma, seguindo tal entendimento, se o critério em aplicação fosse o da disponibilidade do direito, estes litígios seriam inarbitráveis⁴².

Assim, este critério da disponibilidade poderia levantar mais dúvidas do que soluções relativamente às matérias societárias que poderiam ser sujeitas a arbitragem, pelo que seria gritante a adoção de um novo critério que resolvesse todas as incertezas. Tal questão viria assim ser resolvida com a entrada em vigor da atual LAV, na qual se estabeleceu a adoção do critério da patrimonialidade da pretensão, de onde resulta de que os direitos dos sócios serão sempre direitos com interesse patrimonial, pelo que os litígios referentes a direitos societários serão sempre arbitráveis.

Veja-se relativamente ao ponto que acima demos nota, que uma ação de declaração de nulidade ou anulação de uma deliberação social não seria arbitrável pelo critério da disponibilidade do direito, apesar de poder existir subjacente um direito disponível por parte dos sócios. Tal conclusão retira-se do facto de em causa não se encontrarem “*direitos subjetivos mas antes posições participativas contidas em normas de ação e nesse sentido o critério da disponibilidade do direito não é adequado nem operativo para delimitar com clareza e segurança o espaço da arbitrabilidade no que diz respeito aos assuntos relativos ao direito das sociedades*”. Contudo, através deste novo critério de arbitrabilidade, na medida em que todos os direitos dos sócios são direitos patrimoniais, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser

41 Cfr. António Sampaio Caramelo, Critérios de arbitrabilidade... *ob. cit.*, p. 147; Tânia Vanessa Zarco de Oliveira dos Santos, A Arbitrabilidade... *ob. cit.*, p. 19.

42 Cfr. Tânia Vanessa Zarco de Oliveira dos Santos, A Arbitrabilidade... *ob. cit.*, p. 20.

cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros, este critério permite agora que aquelas situações sejam sujeitas a arbitragem⁴³.

43 *Cfr.* Tânia Vanessa Zarco de Oliveira dos Santos, *A Arbitrabilidade... ob. cit.*, p. 21.

§ Capítulo II – Vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias

3. Cláusulas arbitrais constantes dos estatutos sociais⁴⁴

3.1. Enquadramento

Quando nos referimos a um litígio societário, fazemos referência a um universo de litígios onde a sociedade, sócios e órgãos estatutários que (elemento subjetivo) sejam parte, relativamente a aspetos da relação societária (elemento objetivo). Neste sentido, referimo-nos tanto a litígios que parem entre sócios por consequência do contrato de sociedade (veja-se, por exemplo, as ações de declaração de nulidade e anulação do contrato de sociedade), seja por direitos dos sócios contra a sociedade (veja-se por exemplo, as ações relativas ao exercício do direito à impugnação de deliberações sociais, ações relativas ao exercício do direito à informação ou do direito ao dividendo) ou mesmo da sociedade contra os sócios (por exemplo, as ações de exclusão de sócio ou de amortização de participações sociais), ou simplesmente os direitos dos sócios ou da sociedade contra titulares de órgãos sociais (por exemplo, as ações de responsabilidade ou de destituição)⁴⁵. Neste último sentido, poderemos inserir aquilo que se caracterizam por conflitos societários interorgânicos, isto é, conflitos entre órgãos da sociedade, decorrentes por exemplo, de distintos entendimentos perfilhados pelos seus membros a respeito das respetivas competências e de conflito no seu exercício das competências próprias de cada um (veja-se o caso dos direitos do órgão de fiscalização, que pode ser, na prática, obstado pelo órgão de administração).

Neste momento, em Portugal, não existe nenhum mecanismo que diga expressamente que se permite a arbitragem societária, contudo também não existe nada

44 Por outro lado, o conteúdo destas convenções deverá ser diversificado “*desde a definição do litígio existente ou eventual, passando pelo número de árbitros e forma da sua designação, até regras processuais específicas ou remissão para regulamento de algum centro de arbitragem institucionalizado*” (Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, pp. 148).

45 Cfr. Pedro a Batista Martins, A cláusula compromissória societária, Revista internacional de arbitragem e conciliação, Coimbra: Almedina, 2017, p. 43.

que a impeça. No entanto, levantam-se dúvidas em saber o que poderá ser ou não considerado um litígio societário: se são entre os sócios e sociedade; entre sócios e órgãos de administração; perante a sociedade e terceiros, etc. Todavia, nada parece impedir de que um litígio que se tenha por societário seja sujeito Arbitragem.

Por outro lado, poder-se-ia discutir se o mecanismo da arbitragem societária⁴⁶ se aplica a todos os tipos societários. Neste sentido, nada na lei parece apontar que a arbitragem societária não se aplique às sociedades de responsabilidade ilimitada. Neste sentido, veja-se que o sistema jurídico português enuncia que todas as sociedades comerciais passam a ser dotadas de personalidade jurídica a partir da inscrição definitiva no registo (artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais), o que significa que qualquer sociedade poderá ser parte da generalidade das ações societárias. Por outro lado, a técnica legislativa adotada foi a de regular vários institutos societários na Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais, que valem indistintamente para as sociedades de responsabilidade ilimitada, desde logo, com as ações de invalidade de deliberações sociais e de responsabilidade de membros de órgãos sociais⁴⁷.

Contudo, apesar de a lei não parecer prever expressamente a suscetibilidade do contrato social incluir uma cláusula compromissória⁴⁸ (veja-se o artigo 9.º do CSC, o artigo 199.º do CSC quanto às Sociedades por Quotas e o artigo 272.º do CSC quanto às Sociedades Anónimas), a técnica legislativa adotada parece reporta-se apenas à inclusão de certos conteúdos mínimos, pelo que a ausência de referência a uma cláusula compromissória não parece apontar para a impossibilidade de estas serem integradas no contrato social. Por outro lado, poder-se-ia invocar o próprio princípio da “autonomia estatutária” para a sua inclusão no contrato social⁴⁹.

46 A verdade é que a este mecanismo reporta várias vantagens a saber. Por um lado, os litígios dentro das sociedades podem levar à paralisação das empresas, pelo que a arbitragem em contexto societário poderá ser uma forma a obstar à lentidão que muitas vezes se sente nos tribunais do estado, funcionando como forma de assegurar uma maior celeridade na resolução dos litígios. Por outro lado, muitas das vezes, os litígios que surgem carecem de ser tratados por especialistas em matérias societárias, pelo que o recurso a este mecanismo, nomeadamente no que concerne à escolha dos árbitros, se pode revelar altamente eficaz. Para além disto, uma vez que as ações societárias por vezes atingem valores elevados, o recurso a este mecanismo pode revelar-se mais barato do que o recurso a tribunais do Estado (*Cfr.* António Menezes Cordeiro, *Tratado da arbitragem ...*, *ob. cit.*, p. 98).

47 *Cfr.* Pedro Maia, *Arbitragem societária...*, *ob. cit.*, p. 47.

48 Na Alemanha, quanto às sociedades de responsabilidade limitada, considera-se que o conteúdo dos estatutos é livre e, por isso, deixando o caminho livre para que sejam inseridas cláusulas compromissórias nos estatutos sociais. Em Itália, a cláusula compromissória pode resultar tanto do ato constitutivo, como dos estatutos.

49 *Cfr.* Pedro Maia, *Arbitragem societária...*, *ob. cit.*, p. 54.

Não obstante, em relação às sociedades abertas, vários argumentos são apontados a favor da impossibilidade de sujeição dos litígios resultantes das relações intra-societárias a arbitragem. Em primeiro lugar, aponta-se o facto de a sua admissão sujeitar a arbitragem a uma maioria dispersa de acionistas, sem que estes tenham previamente tomando as devidas diligências de investigação relativamente aos conteúdos dos estatutos da sociedade. Por outro lado, os pequenos acionistas poder-se-iam encontrar, muitas vezes, numa situação de desequilíbrio face à contraparte do litígio, que em regra, será o grupo acionista de controlo⁵⁰.

Na nossa opinião, o primeiro argumento será facilmente rebatível, na medida que constitui um ónus dos acionistas de indagar relativamente aos direitos e obrigações que se encontram associados às participações que decida adquirir. Relativamente ao segundo argumento, no pressuposto de que os tribunais arbitrais são equiparáveis aos tribunais jurisdicionais, não ficaria, em princípio, o sócio minoritário numa posição de desvantagem. Contudo, a solução encontrada no anteprojecto da APA é a de que a cláusula compromissória terá de ser, necessariamente, estatutária⁵¹.

Por outro lado, veja-se que no comentário da APA ao ofício n.º 5g4 do Chefe de Gabinete da Exma. Senhora Secretária de Estado da Justiça, ficou expresso de que as sociedades abertas deverão ser sujeitas a mecanismos de arbitragem. Desta forma, demonstravam que com a possibilidade de recurso a esta via de resolução de litígios, se garantia a celeridade na resolução dos litígios, o que nestas condições, acarreta uma tremenda vantagem. Por outro lado, seria desde logo possível prestar aos investidores uma adequada e suficiente informação sobre a aplicação deste mecanismo, desde o diploma no qual consta o processo arbitral a ser seguido contenha particulares vicissitudes, tais como como a regulação da formação do Tribunal arbitral, intervenção de terceiros, informação aos sócios e publicidade. Por outro lado, a possibilidade de as sociedades facilmente poderem regular e adequar os seus estatutos ao mercado onde se encontram inseridas, seria uma mais valia para a potencial valorização das mesmas.

Não obstante, não será obrigatório que estas cláusulas constem dos estatutos sociais, na medida em que não existem impedimentos a que mediante convenção

50 Cfr. António Sampaio Caramelo, *Critério de Arbitrabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 159-160.

51 Neste sentido, estabelecia o n.º 1 do artigo 2º de que “a cláusula compromissória deve constar dos estatutos da Sociedade (...)”.

autónoma e externa aos estatutos⁵², se convencie a arbitragem societária⁵³. Porém, não se inscrevendo formalmente nos estatutos, a convenção de arbitragem estará dotada de efeitos meramente obrigacionais, isto significa que só vinculará os sócios que sejam partes nesse acordo (*ad hoc*) e não outros sócios que venham a integrar a sociedade no futuro, salvo se, naturalmente, aderirem à convenção e, com essa declaração de vontade, se vincularem a ela⁵⁴.

52 No ordenamento brasileiro, prescreve o número 3 do artigo 109.º da Lei das Sociedades por Ações que “o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”. Por seu lado, em Itália, as cláusulas compromissórias tanto podem resultar do ato constitutivo ou dos estatutos. Já no ordenamento germânico, relativamente às sociedades de responsabilidade limitada, considera-se que o conteúdo dos estatutos é livre e, por isso, os estatutos podem acolher uma cláusula compromissória.

53 Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (EZAGÜY MARTINS), processo n.º 2960/80.4TBPD.L1-2, de 26-05-2011, no qual se enuncia de que “(...) a cláusula compromissória tanto pode constituir uma cláusula contratual como um negócio jurídico autónomo”; disponível em www.dgsi.pt. De forma idêntica, Luís de Lima Pinheiro, enuncia que uma cláusula compromissória tanto pode constituir uma cláusula contratual como um negócio jurídico autónomo (Cfr. Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional, A determinação do estatuto da arbitragem, Coimbra: Almedina, 2005, p. 84).

54 Falamos aqui, mais uma vez, dos acordos parassociais, sendo que representam convenções celebradas entre os sócios de uma sociedade, com vista a regular as relações societárias. Contudo, cabe reforçar, de que estas se distinguem do pacto social, na medida em que apenas vinculam os sócios que a convencionam, não vinculando a sociedade *per si*. No entanto, na esteira de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, perante um acordo parassocial “omnilaterais”, *i. e.*, aqueles que são celebrados pro todos os sócios, este deverá prevalecer sobre as “regras jussocietárias”, pois o incumprimento destes acordos não poderá lograr sob o pretexto da observância de regras jussocietárias que as partes não quiseram que se aplicasse por via desse acordo. Desta forma, uma cláusula compromissória inserida num acordo parassocial, apenas, poderá vincular quem o tenha subscrito ou a ele venha a aderir, e apenas relativamente às matérias que regule (Cfr. Manuel Carneiro da Frada, Acordos parassociais «omnilaterais», Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 97-135).

Contudo, este tipo de acordo não é alheio de problemas, podendo surgir dúvidas entre o que se considera social e parassocial, revelando problemas à eficácia da cláusula compromissória parassocial. Neste sentido, por razões de segurança e estabilidade, será sempre mais conveniente de que convenção de arbitragem esteja inserida nos estatutos de uma sociedade, de modo a que posso validamente vincular os seus sócios (Cfr. Rui Pereira Dias, Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 85-86).

Em suma, a principal diferença reside no facto de que enquanto um acordo parassocial possui um cunho individual de cada sócio, marcada pela contratualidade, no qual é exigido o consentimento do sócio para que a sua posição seja eficazmente afetada, enquanto a cláusula compromissória que esteja inserida no contrato social é marcada pela regra da maioria, em relação à qual os sócios concordam, ainda que tacitamente, no momento contratual de formação ou adesão à sociedade (Cfr. Pedro Maia, Arbitragem societária..., *ob. cit.*, 55).

Cabe assim concluir de que a cláusula compromissória que conste de um acordo parassocial, só estará a ela vinculada quem a tiver subscrito ou quem a ela venha a aderir, e apenas no tocante a matérias que por esta sejam reguladas. A *ratio* de tal entendimento explica-se na medida em que este tipo de acordos serve para que alguns sócios regulem, à margem dos estatutos, determinados aspetos da vida societária. Contudo, estas não criam normas objetivas de aplicação geral na sociedade. No entanto, se todos os sócios aderirem a este tipo de pactos, estes deverão valer para a generalidade dos sócios entre si nas suas relações intra-societárias. Assim, da nossa perspetiva, não deverão valer nas relações entre sócios e titulares de órgãos da sociedade, uma vez que estes últimos não podem aderir a este tipo de pactos.

Contudo, apesar da possível existência de tal cláusula, não existe, efetivamente, uma obrigatoriedade de as partes seguirem para a via arbitral, sem que com isso seja violada qualquer convenção que conste dos estatutos. Todavia, resulta um direito potestativo de se poder dirimir o litígio pela via arbitral, pelo que, se for acionada esta via, todos aqueles que se subordinaram à cláusula compromissória, ficam desde logo vinculados às decisões proferidas pelo tribunal. Veja-se que após este momento, passam a ser incompetentes os tribunais judiciais para que conheçam aquele determinado litígio objeto de convenção (artigo 5.º da LAV).

3.2. Âmbito de aplicação de uma cláusula compromissória⁵⁵

Nas sociedades de capitais as decisões são tomadas em regra por um princípio de maioria. Desta forma, o Código das Sociedades Comerciais estabeleceu relativamente às diferentes formas de deliberação um quórum deliberativo, o que significa que deverá existir uma percentagem mínima de capital correspondente às participações dos sócios que permita que se forme uma deliberação válida. Desta forma, em regra, estas deliberações são tomadas por maioria simples dos votos, salvo previsão legal em contrário (números 1 e 2 do artigo 265.º do CSC, e números 2 a 4 do artigo 386.º do CSC, referentes à exigência de um quórum deliberativo qualificado). Não obstante, veja-se que o princípio da maioria revela-se no número 3 do artigo 250.º e no número 1 do artigo 386.º. ambos do CSC.

Neste sentido, segundo o Código das Sociedades Comerciais, para que ocorra uma alteração do contrato de sociedade será necessário que se obtenha uma maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social para as sociedades por quotas (por força do número 1 do artigo 265.º do CSC *ex vi* número 2 do artigo 85.º do CSC) e de dois terços dos votos emitidos caso se trate de uma sociedade anónima (à luz do disposto

⁵⁵ Tal como indica LUÍS DE LIMA PINHEIRO, ainda perante a redação da antiga LAV, a maioria dos mecanismos de arbitragem admitia já a possibilidade de existência de convenção de arbitragem. Neste sentido, vejam-se os casos paradigmáticos da Convenção de Nova Iorque (número 2 do artigo 2.º); da Convenção de Genebra sobre a Arbitragem Comercial Internacional (aliena a), do número 2 do artigo 1.º da redação de 1961); da Lei-Modelo da CNUDCI (número 1 do artigo 7.º); no ordenamento alemão (número 2 do artigo 1020.º do ZPO); no ordenamento italiano (número 1 do artigo 808.º do Código de Processo Civil Italiano) – *Cfr.* Luís de Lima Pinheiro, *Convenção de arbitragem... ob cit.*, notas 5 e 6.

do número 3 do artigo 386.º do CSC *ex vi* número 2 do artigo 85.º e número 2 do artigo 383.º do CSC).

Desta forma, tudo parece apontar que bastaria que a e a maioria dos sócios ou acionistas votasse favoravelmente quanto à aprovação da convenção de arbitragem para que esta pudesse vir a integrar os estatutos/contrato da sociedade. Contudo, esta questão não é clara na Doutrina Portuguesa, existindo quem propugne que a inclusão de uma cláusula compromissória envolverá sempre que seja efetuada através de uma votação por unanimidade, em ordem a legitimar questões de restrição de acesso à justiça.

Apesar disto, será ainda importante compreender o conteúdo a constar de uma cláusula compromissória a ser inserida nos estatutos sociais, de forma a que seja possível sujeitar a arbitragem o maior número possível de litígios, e a vincular o maior número possível de sujeitos que atuem no âmbito societário.

Neste sentido, seguindo o ensinamento de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, a redação de uma cláusula compromissória deve ser apta a abarcar qualquer litígio intra-societário, *i. e.*, todos aqueles que resultem de relações entre sócios e que sejam regidas pelos estatutos sociais; aqueles que surjam entre sócios e a sociedade; entre sócios e titulares de órgãos sociais; os que possam existir entre a sociedade e esses titulares⁵⁶.

3.2.1. Aplicação aos litígios entre os sócios da sociedade

Este tipo de cláusulas deve assim abarcar, em primeiro lugar, qualquer tipo de litígio que surja entre os sócios da sociedade, desde que tal litígio resulte de relações que sejam regidas pelos estatutos, das quais essa cláusula compromissória faça parte. Assim, coloca-se o problema de perceber se este tipo de cláusula depois de introduzida nos estatutos será suscetível de vincular todos os sócios atuais, mesmo aqueles que não tenham participado na assembleia de aprovação de tal cláusula, ou que não tenham aprovado a sua adoção, bem como àqueles que tenham votado contra ou se abstido de votar, e a todos aqueles que venham a ingressar em momento futuro na sociedade⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. António Sampaio Caramelo, A disponibilidade... *ob. cit.*, p.12.

⁵⁷ Segundo a lei italiana, a cláusula compromissória é vinculativa "para a sociedade e para todos os sócios, incluindo aqueles cuja qualidade de sócios é objeto da controvérsia". Na Alemanha, a doutrina afirma que os estatutos de uma sociedade de responsabilidade limitada vinculam a sociedade e sócios, o

Neste sentido ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO enuncia que a inclusão de uma cláusula deste tipo não altera “*substancialmente a situação dos respetivos 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.º2, e 328.º, n.º3, do nosso C.S.C*”⁵⁸.

Desta forma, poder-se-ia dizer, em primeira medida, que este tipo de cláusulas não diminuiria os direitos dos sócios, tendo como única consequência que os litígios devam ser submetidos à jurisdição arbitral, em vez da jurisdição estadual. Ora, na medida em que a lei equipara a jurisdição arbitral à estadual, não deverá ser atribuída àquele carácter excepcional. Por outro lado, veja-se que a LAV prescreve no número 4 do seu artigo 4.º que “*salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância arbitral*”. Assim, poderemos dizer que a regra será de que a posição na arbitragem se transmite para o sucessor, independentemente de o processo arbitral se ter ou não iniciado. Todavia, podem as partes afastar este regime, sendo que é admitido um afastamento tácito, se se concluir por um processo interpretativo de que tratava de uma convenção *intuito personae*⁵⁹.

Por outro lado, numa transmissão *inter vivos*, ter-se-ia de ponderar uma questão de cessação da posição contratual, tal como enunciado no número 1 do artigo 424.º do Código Civil. Todavia, para aplicação deste artigo, dever-se-á estar perante uma situação de prestações recíprocas, sendo que tal como enuncia MARIANA FRANÇA GOUVEIA, o conceito de prestações deverá ser visto em sentido amplo, abrangendo qualquer situação jurídica que resulte de um contrato. Contudo, a cessão da posição contratual só irá nutrir efeitos se todas as partes concordarem com o negócio. Desta forma, se não for feita nenhuma objeção quanto à transmissibilidade da cláusula, a cláusula compromissória irá vincular todas as partes. Assim, o outro contraente terá uma posição decisória, na medida em que pode não consentir na transmissão da posição contratual e assim obstar à entrada do terceiro naquela cláusula compromissória⁶⁰.

mesmo sucedendo com a cláusula compromissória deles constante. Em Espanha, salienta o CEA que fixada uma maioria para deliberação estatutária, os sócios dissidentes, ausentes, que votaram em branco ou emitiram um voto nulo ficam vinculados pelo acordo, o mesmo sucedendo com sócios futuros.

58 Cfr. António Sampaio Caramelo, A disponibilidade... *ob. cit.*, pp. 16-17.

59 Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p.153.

60 Cfr. Mariana França Gouveia, Curso de Resolução..., *ob. cit.*, p.154-155

Na doutrina brasileira, PEDRO BATISTA MARTINS refere relativamente às Sociedades Anónimas de que “*a eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o status socii por força da transferência de ações. Mesmo não havendo manifestação expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula compromissória atingem os sucessores a título universal e singular*”⁶¹.

Por outro lado, apesar de não ser objeto do nosso estudo, a eficácia subjetiva de uma cláusula compromissória perante terceiros não signatários, reveste carácter puramente contratual, pelo que nessas circunstâncias, teríamos de nos socorrer às regras do Código Civil atinentes à interpretação e não da já nossa conhecida LAV. Contudo, podem existir situações de dúvida relativamente à transmissibilidade destas participações para adquirentes não signatários da cláusula compromissória. Todavia, podemos desde logo adiantar, de que até ao momento que fique “*consolidado que a transmissão da participação social é contratualmente válida, o adquirente ainda não se encontra vinculado à cláusula compromissória estatutária*”⁶².

3.2.2. Direito Estrangeiro

Todavia, tais dúvidas não são exclusivamente inerentes ao regime português relativamente à maioria de aprovação deste tipo de cláusulas nos estatutos sociais.

Neste sentido, o ordenamento Alemão parece seguir o entendimento, relativamente às sociedades de responsabilidade limitada, que a inserção de uma cláusula arbitral depende do consentimento de todos os seus sócios⁶³. Desta forma, KARSTEN SCHMIDT aponta que o número 3 do parágrafo §53 da GmbHG⁶⁴, serviria como manto de proteção do sócio, na medida em que a introdução de uma obrigação a cargo dos sócios iria requer o consentimento de todos. Assim, serviria de barreira protetora contra a introdução indesejada de cláusulas arbitrais. Para outros autores, este entendimento

⁶¹ Cfr. Pedro Batista Martins, A Arbitragem nas Sociedades de Responsabilidade Limitada, p. 14, disponível em: <http://batistamartins.com/en/arbitragem-nas-sociedades-de-responsabilidade-limitada/>

⁶² Cfr. Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, pp. 65-67.

⁶³ Veja-se a Decisão do Supremo Tribunal Federal de 3.04.2000. Apesar de esta decisão visar uma associação registada, a doutrina alemã passou a adotar solução idêntica para os outros tipos societários.

⁶⁴ “*Eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen kann nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden*”.

resultaria da "doutrina do núcleo central" (*Kernbereichslehre*), na medida em que a inserção de uma cláusula compromissória se revelaria como uma intervenção direta no núcleo central da socialidade, o que levaria a que fosse exigível o consentimento de todos os sócios.

O mesmo entendimento foi seguido pelo Tribunal Supremo de Espanha (Ac. de 9.7.2007) que, ao contrário do que consagrava a maioria da doutrina à época, exigia o consentimento de todos os sócios da sociedade para que se pudesse alargar o âmbito de aplicação de uma cláusula compromissória⁶⁵. Para este Tribunal, seria necessário a aceitação de todos aqueles que fossem suscetíveis de ver os seus direitos ou legítimos interesses a serem diminuídos. Assim, na medida em que existiria uma limitação da sua efetiva proteção, uma vez em que a mesma seria conferida pelo recurso ao Tribunal Constitucional, seria necessária a aprovação da totalidade dos sócios. Como possível crítica a este entendimento poder-se-ia apontar o facto de a aplicação de uma cláusula destas não limitar os direitos e interesses dos sócios, significando apenas tomar mão de outra via jurisdicional. Por outro lado, uma cláusula que necessitasse de ser aprovada por todos os sócios poderia ser impraticável em certos tipos de sociedades de capitais, para além do facto de a regra nas sociedades de capitais ser o princípio da maioria pelo que, ao ingressar na sociedade, o sócio aderiu a tal princípio⁶⁶.

Apesar disso, no direito espanhol atualmente em vigor, a deliberação que aprove a inserção de uma cláusula compromissória deverá ser aprovada por dois terços dos votos correspondentes às ações em que se divida capital social. No direito espanhol, não se prevê a possibilidade de direito de recesso, ficando o acionista dissidente sujeito à deliberação e à arbitragem societária.

Em contraste, veja-se a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso *Petereit*, em que ficou explanado que uma cláusula atributiva de jurisdição, que seja subsumível ao artigo 17.º da Convenção de Bruxelas sobre a Competência judiciária e o Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Cível e Comercial⁶⁷, que havia sido inserido nos estatutos de uma sociedade, contra o voto

65 Veja-se o Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha de 9.07.2007.

66 Cfr. António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de Litígios...*, *ob. cit.*, p. 19.

67 "Artigo 17.º

As partes só podem convencionar derrogações ao disposto na presente secção desde que tais convenções:

1. Sejam posteriores ao nascimento do litígio; ou

expresso de um dos acionistas, seria válida e vincularia esse mesmo acionista⁶⁸. Desta forma, o referido acórdão, propugna que uma vez que o acionista permanece na sociedade, este dá o seu consentimento para que seja sujeito ao “*conjunto das disposições constantes dos estatutos da sociedade e às decisões adotadas pelos órgãos da mesma*”, mesmo que algumas dessas disposições sejam divergentes da sua vontade. Por outro lado, este processo é perentório ao afirmar que “*(...) independentemente do modo de aquisição das ações, quem adquire a qualidade de acionista de uma sociedade sabe, ou deve saber, que está vinculado pelos estatutos da mesma e pelas modificações que aos mesmos forem feitas pelos órgãos da sociedade em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos. Por conseguinte, quando os estatutos da sociedade contenham uma cláusula atributiva de jurisdição, qualquer acionista é suposto ter conhecimento desta cláusula e consentir efetivamente na atribuição da jurisdição que ela prevê, desde que os estatutos da sociedade estejam depositados num local a que o acionista possa ter acesso, tal como a sede da sociedade, ou constem de um registo público*”⁶⁹. Contudo, temos de ter em conta que no referido acórdão, os requisitos de forma para os pactos de jurisdição do antigo artigo 17.º da Convenção seriam menos exigentes que a forma escrita exigida em ordenamentos como é o caso do ordenamento português.

Já no direito italiano, a lei consagra uma maioria de dois terços do capital social, sendo que os sócios que se oponham a tal alteração, poderão tomar mão do direito de recesso no prazo de 90 dias (veja-se o número 6 do artigo 34.º, da Lei de 2003)⁷⁰.

3.2.2.1 O caso especial do ordenamento brasileiro

Relativamente ao ordenamento brasileiro, à luz do artigo 1.º da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem*

2. *Permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção; ou*

3. *Sejam concluídas entre o consumidor e o seu co-contratante, ambos com domicílio ou residência habitual, no momento da celebração do contrato, num mesmo Estado vinculado pela presente convenção, e atribuam competência aos tribunais desse Estado, salvo se a lei deste último não permitir tais convenções”.*

68 Cfr. António Sampaio Caramelo, Arbitragem de Litígios..., *ob. cit.*, p. p. 20.

69 Cfr. Processo C-214/89.

70 Cfr. Pedro Maia, Arbitragem societária..., *ob. cit.*, p. 72.

para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, pelo que é adotado o critério da patrimonialidade do litígio à semelhança daquilo que é consagrado no ordenamento jurídico português. Por seu turno, enquanto a arbitragem em sentido subjetivo consiste na capacidade civil de contratar, em sentido objetivo representa a exigência do litígio sujeito a arbitragem dizer respeito a um direito patrimonial disponível. Contudo, não nos cabe neste estudo debater aquilo que neste ordenamento é considerado como um direito patrimonial subjetivo. Não obstante, através do preceituado no parágrafo 3.º do artigo 109 da Lei das Sociedades Anónimas, ficou plasmado que “*o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar*”, pelo que não existem dúvidas quanto à suscetibilidade dos litígios ocorridos no seio societário poderem vir a ser resolvidos com recurso à arbitragem, nomeadamente após a inclusão de uma cláusula compromissória. Não obstante, e mais uma vez à semelhança daquilo que se passa no ordenamento português, consagra o parágrafo 1 do artigo 4.º da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que também esta cláusula deverá surgir sob a forma escrita, podendo constar do próprio contrato de sociedade ou de qualquer outro documento que a ele se refira.

Uma leitura apressada desta norma poderia fazer antever de que a eficácia da cláusula arbitral vincularia exclusivamente os signatários de determinado contrato que contenha uma cláusula arbitral. Contudo, a interpretação desta norma passou a ser relativizada, através da sua interpretação sistemática e teleológica de forma a abranger outras realidades. Neste sentido, ANTONIO MOACIR FURLAN FILHO aponta como exemplo a forma como passou a abranger os grupos de sociedades, nos quais existe a “*subsunção de uma sociedade do mesmo grupo societário à arbitragem, ainda que não seja signatária do contrato que contém a cláusula compromissória) e os denominados contratos guarda-chuva (contratos desprovidos de cláusula compromissória, mas que são coligados ou conexos àqueles que a contém)*”. Este é, veja-se, o raciocínio aplicável em como todos os acionistas, ausentes e presentes, concordantes ou não, atuais e futuros, estão vinculados à cláusula arbitral estatutária⁷¹. Por outro lado, veja-se que as Sociedades

⁷¹ Cfr. António Moacir Furlan Filho, Cláusula Compromissória, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, disponível para consulta em

não se encontram obrigadas a possuir este tipo de cláusulas, pelo que não estaremos perante uma obrigação, mas uma simples faculdade.

Não obstante, discutia a doutrina brasileira se os acionistas que não participaram da deliberação de inclusão de uma cláusula arbitral, ou aqueles que só ingressem posteriormente a tal deliberação, se ficariam vinculados ao uso da arbitragem para os litígios societários abrangidos por tal convenção. Em causa, estaria o primado da autonomia privada, sendo que a “*liberdade manifesta-se, no campo do direito privado, no poder da pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas*”⁷²

Para uma corrente majoritária, propugnava-se a extensão da cláusula compromissória estatutária a todos os sócios, mesmo que não existisse uma concordância expressa à mesma ou que existisse uma eventual discordância face à sua inclusão. Para esta doutrina, bastaria uma decisão tomada por maioria para vincular todos os acionistas, incluindo aqueles que expressamente divergiram ou se abstiveram na deliberação que aprovou a inserção da cláusula compromissória nos estatutos⁷³. Para esta corrente, existem essencialmente dois argumentos. Em primeiro lugar, os estatutos sociais são independentes da vontade de cada sócio *per si*, na medida em que não está em causa a vontade de cada acionista, mas antes a vontade da sociedade. Assim, o acionista que vota, contribui para a formação da vontade social, mas não manifesta o seu consenso de se submeter àquela cláusula. Desta forma, não se poderá dizer de que o voto favorável obriga o acionista e que o voto desfavorável o desobriga⁷⁴. Desta forma, propugna GUMIERI VALÉRIO que a decisão tomada por maioria nunca seria dada à revelia do sócio dissidente, sendo somente decorrência da sua prévia submissão voluntária à vontade social, que seria expressa pela decisão da maioria⁷⁵. Contudo, e como bem observa o

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_pr_odutos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.11.PDF.

⁷² Cfr. Pedro Batista Martins, Arbitragem..., *ob. cit.*, p. 25; Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki e Henrique Afonso Pipolo, As Sociedades Anônimas e o procedimento arbitral, p. 14, disponível para consulta em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=56e2be5ee3f9b620>.

⁷³ Cfr. Pedro A. Batista Martins, Arbitragem..., *ob. cit.*, pp. 1-7.

⁷⁴ Cfr. Carlos Augusto da Silveira Lobo, A cláusula compromissória estatutária, Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 11-32.

⁷⁵ Cfr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do § 3º ao art. 109 da Lei n. 6.404/1976, pela Lei n. 10.303/2001, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 139, São Paulo: USP, 2005, pp. 164-176.

autor, o acionista que apesar de avesso à deliberação de se vincular e de se submeter à cláusula de arbitragem, não renuncia a um direito, estando simplesmente sujeito ao poder da maioria, *i. e.*, à vontade social.

Assim, EIZIRIK entende que deverá prevalecer o princípio do *favor arbitratis*, pelo que se a vontade dos acionistas for o de submeter determinados litígios à arbitragem, mediante cláusula compromissória estatutária, tal vontade deve ser respeitada. Porém, aponta o autor que os sócios futuros “*também se vinculam à cláusula compromissória, que integra o elenco de direitos e deveres dos acionistas, na medida em que aderem a um contrato organizativo, em todas as suas cláusulas*”. Na sua perspectiva, pese embora não existir um consentimento expreso relativamente à cláusula compromissória, estes concordam tacitamente com o constante nos estatutos sociais. Contudo, posição intermédia é assumida se em causa estiver uma deliberação que vise alterar os estatutos sociais para incluir a cláusula compromissória, uma vez que tendo em conta o princípio da autonomia das partes, não devem ficar vinculados os acionistas que expressamente se revelaram contra a inclusão daquela cláusula. Contudo, devem ficar vinculados os demais acionistas, *i. e.*, os que votaram favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia. Para o autor, “*os acionistas titulares de ações preferenciais que não se manifestaram na assembleia geral contrariamente à cláusula compromissória, ou a ela não compareceram, estarão vinculados ao compromisso arbitral*”. Neste sentido, para fazer cessar qualquer tipo de dúvidas, sugere o autor que se faça constar essa orientação do edital de convocação da assembleia geral⁷⁶.

Por outro lado, a inclusão de uma cláusula compromissória inserida nos estatutos não modifica substancialmente a situação dos respetivos sócios nem para eles cria novas obrigações que justifiquem a necessidade de consentimento de todos os sócios, defendendo, assim, a possibilidade de introdução superveniente de uma cláusula compromissória nos estatutos, posteriormente à constituição da sociedade, por deliberação tomada pela maioria requerida para a alteração dos estatutos⁷⁷. Assim, esta cláusula compromissória estatutária passará a vincular todos os sócios atuais, mesmo que não tenham participado na assembleia em que foi votada a deliberação, bem como aqueles

⁷⁶ Cfr. Nelson Eizirik, Cláusula compromissória estatutária - A arbitragem na companhia, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/145329/clausula-compromissoria-estatutaria-a-arbitragem-na-companhia>, consultado pela última vez em 19 de outubro de 2020.

⁷⁷ Cfr. António Sampaio Caramelo, Arbitragem de Litígios... *ob. cit.* p. 349.

que tenham votado contra ou se tenham absterido, assim como vinculará também os sócios futuros. Para mais, aquando da aquisição de ações por novos acionistas, há presunção de que estes conhecem as cláusulas que existem nos estatutos sociais, pelo que ao decidirem entrar na Sociedade surge um mecanismo de aceitação tácita de todas as suas disposições.

Neste sentido, ninguém é obrigado a fazer parte de uma sociedade, pelo que se “optou pelo ingresso, avaliou e acatou voluntariamente todas as disposições que a regulamentam”, devendo assim ficar vinculado a esta cláusula. Para PEDRO MARTINS “(...) a deliberação assemblear que aprova, por maioria, a inserção de cláusula compromissória estatutária é válida, eficaz e vincula a todos os sócios, presentes, ausentes ou dissidentes”. Para o autor, a vida societária é norteadada pelo princípio da maioria uma vez que é a maioria que “domina e dita as regras sociais” e reflete a vontade societária. Desta forma, a sujeição da “minoridade” mais não é do que uma manifestação da coletividade social a um princípio democrático. Assim, este primado acautelaria a preservação empresarial, na medida em que será necessário que a maioria funcione de “modo eficaz e democrático”. Em sentido contrário, se fosse consagrado o primado da unanimidade, prevaleceria uma “ditadura da minoridade”, onde bastaria que um sócio não votasse favoravelmente para que não existissem decisões tomadas em assembleia. Desta forma, rebatia-se a ideia da exigência de unanimidade uma vez que esta tornaria impraticável a governação da empresa. No fundo, “a função e a atuação do administrador pressupõem a observância dos interesses maiores da companhia que representa, tal qual deve por eles zelar os seus acionistas que, por força da obediência ao estatuto social, também se vinculam aos efeitos da cláusula compromissória estatutária”. Desta forma, face ao “direito subjetivo que passam a ser titulares no âmbito do feixe das relações sociais, e, ainda, da incorporação orgânica que o cargo lhes reconhece, creio que os administradores da sociedade anônima restam alcançados pelos efeitos de uma cláusula compromissória estatutária, mesmo que a ela não tenham consentido formalmente, ressalvadas as peculiaridades do conteúdo de dita disposição estatutária”⁷⁸.

No mesmo sentido, FRANCISCO CHALI refere que face ao primado do princípio da *affectio societatis* e tendo em consideração o princípio da maioria, que deverá reger as sociedades e que guiam a vontade social válida, o sócio dissidente deve sujeitar-se à

⁷⁸ Cfr. Pedro Batista Martins, Arbitragem..., *ob. cit.*, p. 25; Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki, As Sociedades *ob. cit.*, p. 14.

decisão da maioria. Veja-se que no caso de este sócio ficar insatisfeito com esta votação, da mesma forma como poderia estar insatisfeito com o resultado de outra deliberação, poderá sempre vender a sua participação na sociedade⁷⁹.

Por outro lado, e tal como aponta APRIGLIANO, nem a própria Lei de Sociedades por Ações nem o Código Civil brasileiro incluem as cláusulas compromissórias no rol das matérias que requerem quórum qualificado, pelo que ficaria afastado o princípio da unanimidade para a sua inclusão nos estatutos⁸⁰. Veja-se que a Lei de Sociedades por Ações impõe o princípio da maioria no artigo 129.º e só admite exceções quando isso for consagrado expressamente na lei. Neste sentido, veja-se de que o parágrafo 3.º do artigo 109.º da Lei n. 6.404/76 ao enunciar de que “*o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar*”, não fazendo menção relativamente ao quórum de deliberação. Desta forma, entende o autor de que uma cláusula compromissória de arbitragem vinculará todos os acionistas da Sociedade, mesmo os ausentes ou avessos à deliberação. Para mais, não obstante o entendimento de parcela da doutrina acerca da sua natureza de norma parassocial, o facto é que a cláusula compromissória deve ser interpretada como uma deliberação regular, pelo que nem assim deveria se enquadrada no rol de matérias que exigem autorizações qualificadas específicas.

Desta forma, a inserção duma cláusula compromissória, não iria à partida proceder a uma diminuição dos direitos dos sócios, uma vez que apenas se passaria a determinar que o litígio passaria a ser julgado perante jurisdição arbitral, ao invés da jurisdição estadual. Ora na medida em que por lei, o recurso a árbitros é equiparado à jurisdição estadual, existe apenas a alteração da via pela qual se tentará dirimir o litígio, sendo que a via arbitral não prejudica o direito de ação dos sócios/acionistas, mas, apenas e só, alterar-se a jurisdição onde o litígio será apreciado. Por outro lado, mesmo que se invocasse o consagrado no parágrafo 2.º, da Lei n. 6.404/76, no qual se encontra estatuído de que a todos os acionistas devem ser assegurados os meios, processos e ações para

⁷⁹ Cfr. Francisco Cahali, Curso de Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 343.

⁸⁰ Cfr. Ricardo de Carvalho Aprigliano, Extensão da Cláusula Compromissória a partes não signatárias no Direito Societário, Advogado, Ano XXXIII, n.º 119, São Paulo: AASP, 2013, pp.140-152.

preservar seus direitos, a verdade é que os acionistas tem assegurados o devido processo legal, “(...) *sob pena de a decisão arbitral vir a ser anulada. O árbitro deve ser e se manter independente. Deve atuar com imparcialidade e assegurar o contraditório e a ampla defesa. Deve fundamentar sua decisão. O árbitro responde civil e penalmente. Enfim, a jurisdição arbitral se equipara, mutatis mutandis, à jurisdição estatal*”⁸¹. Neste sentido GONÇALVES VILELA propugna que aqui o que seria discutido seria o direito essencial do acionista à ação, pelo que não se obstaría ao artigo 5.º, XXXV, da Constituição, uma vez que esta norma visa salvaguardar o direito à sentença de mérito sobre determinado litígio, proferida por um terceiro investido de poder jurisdicional, pelo que, sendo a figura da arbitragem um mecanismo jurisdicional, não se poderia invocar a renúncia ao direito constitucional de defesa por parte dos sócios. Esta norma, mais não faz do que salvaguardar que seja preservada uma sentença de mérito, adequada e suficientemente fundamentada, proferida por um órgão imparcial⁸².

Por outro lado, se fosse considerado de que os estatutos sociais serão contratos abertos, isto implicaria uma aceitação expressa da cláusula compromissória por parte dos acionistas à luz do que se encontra plasmado no parágrafo 2.º do artigo 4.º da Lei n.º 9.307/96, que ressalva a eficácia da cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, a uma posterior manifestação do aderente. Contudo, na medida em que os sócios que viessem a integrar uma sociedade já constituída olhariam para esta cláusula como um verdadeiro pacto de adesão, cujo conteúdo já se encontra disposto, não existira dessa forma, liberdade e possibilidade de discussão e conseqüente negociação dos seus termos, pelo que não estaríamos perante um verdadeiro pacto de adesão.

Neste sentido, para Pedro Batista Martins, não se deveria confundir a figura dos contratos de adesão com os estatutos sociais, na medida em que “*É nas relações de consumo que se aperfeiçoam os contratos de adesão. Contratos estes que divergem conceitual e instrumentalmente dos contratos de sociedade*”⁸³. Para o autor, dever-se-á

81 *Cfr.* Pedro A. Batista Martins, Cláusula Arbitral Estatutária e sua Aprovação por voto Majoritário: Por que Resistir?, in Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 219.

82 *Cfr.* Marcelo Gonçalves Vilela, Arbitragem no Direito Societário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 192.

83 *Cfr.* Pedro Batista Martins, A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 129.

notar de que apesar dos contratos de adesão não se sujeitarem exclusivamente às relações de consumo, a sua característica basilar passará pela existência de interesses distintos das partes contratantes, ao contrário daquilo que se passa no contrato societário, em que ambiciona o mesmo fim⁸⁴.

Em síntese, poder-se-ia concluir de que para esta corrente o (i) ingresso na sociedade consiste em aceitar todas as cláusulas do estatuto social, incluindo a cláusula compromissória; (ii) a inclusão de cláusula arbitral não restringe os direitos dos acionistas; (iii) a cláusula compromissória não configura um pacto parassocial, muito menos um contrato de adesão; (iv) o livre e expresso consentimento necessário à eficácia da cláusula compromissória se subsume ao princípio da maioria, o qual possui maior relevância e significado no contexto das sociedades anônimas. Quanto a este último ponto, invoca ANTONIO MOACIR FURLAN FILHO⁸⁵ que se encontra em aplicação o princípio da proporcionalidade, segundo o qual “*diante de uma situação conflituosa entre dois princípios, deve prevalecer aquele que ostentar maior relevância e expressão no contexto dos interesse envolvidos*”.

Para uma outra corrente da Doutrina, para que cláusula arbitral seja válida e eficaz, esta deverá ser expressamente aceite pelos seus destinatários⁸⁶. Desta forma, se faltar essa aprovação expressa, esta cláusula será nula por violação de acesso à tutela judiciária (não se deve aqui inferir uma presunção de renúncia a este direito essencial dos acionistas)⁸⁷. Por outro lado, existe quem invoque que se trata de um pacto parassocial ao invés de uma cláusula estatutária, uma vez que não estamos na presença de uma norma organizativa da sociedade, na mesma medida que qualquer outro dos acordos celebrados entre acionistas, tal como previsto no artigo 118.º da Lei das Sociedades Anônimas. Neste sentido, vincularia apenas quem dela fosse signatário e não todos os acionistas.

No mesmo sentido, para CARLOS ALBERTO CARMONA, a deliberação para a introdução da cláusula compromissória deveria ser unânime, uma vez que os estatutos

84 *Cfr.* Luís Loria Flaks. A arbitragem na reforma da Lei das S/A, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XLII, Jul-Set, São Paulo: USP, 2003, p. 103.

85 *Cfr.* Antônio Moacir Furlan Filho, Cláusula Compromissória... *ob. cit.*

86 *Cfr.* Patrícia Paoliello Lamaneres, Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatutos sociais, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 38, São Paulo: CBAr, 2013, p. 46-64.

87 *Cfr.* Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, A nova lei das S/A, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 183 e ss.

sociais deverão ser iguais para todos os sócios, não se concebendo em que medida poderia existir um estatuto que obrigue alguns sócios e não vincule outros⁸⁸

Para MODESTO CARVALHOSA existem vários argumentos que se revelam a favor da unanimidade da inclusão desta cláusula para que seja válida e eficaz perante todos os acionistas. Assim, na opinião do autor estaria em causa (i) a natureza contratual da arbitragem exige uma manifestação de vontade concreta e inequívoca; (ii) a específica previsão constitucional de que nenhuma lei pode afastar lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário; (iii) a exigência específica de cláusula escrita da lei de arbitragem; e (iv) a suposta natureza parassocial da cláusula compromissória, à semelhança do que ocorre com o acordo de acionistas, que como tal não vincula a sociedade ou os acionistas que dele não fazem parte.

Este impasse foi resolvido, em certa parte, com a entrada em vigor da Lei 13.129/2015, onde foi incluído o artigo 136.º-A na Lei das Sociedades por Ações⁸⁹, na medida em que passou a estipular que a aprovação por maioria dos sócios, de uma cláusula compromissória de arbitragem dos estatutos sociais, obrigará a todos os acionistas, assegurando aos acionistas dissidentes a possibilidade de se retirarem da sociedade mediante o reembolso do valor das suas ações. Desta forma, a Lei brasileira consagrou de forma expressa que todos os acionistas, mesmo os futuros e ausentes, ficam sujeitos à eficácia da cláusula arbitral, podendo exercer o direito de recesso e ver-se ressarcidos pelo reembolso da sua participação⁹⁰.

Uma corrente minoritária defende que se os sócios deliberarem a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, tal cláusula deverá ser consensual, devendo a decisão da sua inclusão ser unânime, na medida em que estamos perante um "direito essencial do acionista". Neste sentido, uma vez que a lei prevê um direito de recesso⁹¹ aos acionistas dissidentes, tal indicaria de que não basta uma aprovação desta cláusula por

88 Cfr. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 111.

89 “A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”, inserida em 2015 pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015.

90 Cfr. Diego Franzoni, *ob cit.*, pp. 8-9

91 Neste ordenamento, com a aprovação da Lei n.º 13.129/2015, passaram os acionistas a ter direito de exoneração, sendo que acionista que não concordar com a deliberação que aprova a cláusula compromissória poderá no prazo de trinta dias para se retirar da sociedade mediante reembolso das suas ações.

maioria. Segundo este entendimento, a cláusula compromissória inserida no pacto de sociedade apenas vincularia os sócios fundadores e todos aqueles que expressamente aderissem à mesma, não podendo assim vincular nem os acionistas atuais que não subscreveram o pacto social estatutário, nem os acionistas que posteriormente ingressaram na sociedade, sem expressamente o terem subscrito. Por seu lado, esta cláusula não seria transmissível (nem por sucessão nem *mortis causa*, nem por intermédio de cessão em venda de ações, ainda que o contrato social preveja tal situação) nas ações, nem seria suscetível de vincular novos acionistas subscritores de aumentos de capital⁹². Tal entendimento resulta do facto de em causa se encontrar a natureza personalíssima do ato de assinatura da cláusula arbitral. Desta forma, uma cláusula compromissória não seria imposta àqueles que ingressassem na sociedade com a aquisição de participações sociais, pois tal apenas ocorreria apenas na sucessão na propriedade das ações e não quanto a posição contratual do vendedor.

O Projeto Lei que veio instaurar tal disposição, justifica a opção da seguinte forma: “ (...) *“Preenche lacuna atualmente existente em benéfico das companhias, permitindo, de forma clara e organizada, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos societários, mediante modificação estatutária, aprovada em Assembléia Geral, com quorum qualificado de pelo menos, metade das ações com direito a voto, que obrigará a todos os acionistas. Protege, todavia, os acionistas minoritários, ao assegurar a eles o direito de retirada se discordarem da deliberação que institui a convenção de arbitragem. Suspende ainda a eficácia da deliberação que aprovar a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social, até o decurso do prazo de trinta dias previsto na lei societária para o exercício do direito de retirada, evitando que entre a data da deliberação e o término do prazo do recesso exista dúvida sobre a competência do Poder Judiciário para resolver eventuais conflitos”*⁹³.

Por outro lado, segundo o Processo n.º 054.08.607775-1, 7.ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, que confirmou o sentido de denegar o lavramento de ata da assembleia geral extraordinária que consignava deliberação,

⁹² Cfr. Modesto Carvalhosa, Comentários à lei de Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, com as modificações das leis n. 9.457, de 5 de Maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, 2º Vol., artigos 75 a 137, São Paulo: Editora Saraiva, pp. 300 e ss.; *apud* Ana Maria Fraga de Sá, A arbitragem no âmbito das Sociedades Comerciais, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito de Lisboa, 2018, p. 30-33.

⁹³ Cfr. Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki, As Sociedades...*ob. cit.*, pp. 15-16.

aprovada por maioria, onde se inclua a cláusula compromissório nos estatutos da Sociedade. Neste sentido, defendeu-se que o princípio da maioria se aplicaria apenas a questões relacionados com interesses sociais, enquanto que a solução de conflitos seria uma matéria do interesse individual de cada acionista, pelo que a inserção de uma cláusula compromissório nos estatutos deveria ser aprovada por unanimidade.

Não obstante, AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO critica tal posição, uma vez que a escolha da forma de resolução de conflitos pela via arbitral extravasara o interesse dos sócios, estando em causa interesse da própria sociedade, o que é revelado pela própria lei que autoriza a sua inclusão nos estatutos, onde cabem apenas matérias de interesse social⁹⁴.

Relativamente ao ponto que foi dado anteriormente dado nota referente aos princípios constitucionalmente consagrados, existe a posição de que a pura e simples vinculação dos sócios dissidentes ou ausentes à cláusula compromissório levaria a uma renúncia não consentida ao princípio do acesso ao controlo jurisdicional, tal como previsto no artigo 5.º, XXXI, da Constituição Federal.

Na opinião de MODESTO CARVALHOSA, o direito à arbitragem estaria incluído no lote de direitos essenciais previsto no artigo 109.º da Lei de Sociedades Anónimas, enquanto direito subjetivo que todo e qualquer acionista passa a ter, uma vez instituída a cláusula compromissória no estatuto social, pelo que não se estaria perante um dever do acionista de vincular-se ao juízo arbitral estatutário. Desta forma, nunca se poderia entender o parágrafo 3.º do artigo 109.º da Lei de Sociedades Anónimas enquanto direito imposto pela sociedade ao seu acionista, sob pena de violar o direito de poder submeter o pleito ao poder judiciário os termos do artigo 5.º XXXV da Constituição Federal, a menos que expressamente adira ao procedimento arbitral. Para mais, veja-se que o próprio parágrafo 2.º do artigo 109.º da Lei de Sociedades Anónimas indica que existe um direito individual instituído no referido preceito constitucional, dispondo que nem o estatuto social nem a assembleia geral podem privar os acionistas dos meios, processos ou ações que a lei lhe confere para assegurar seus direitos⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Extensão... ob. cit.* p. 146; Augusto da Silveira Lobo, *A Cláusula... ob. cit.* pp. 120-133.

⁹⁵ Cfr. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, 2º volume: artigos 75 a 137, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 379.

Esta discussão foi objeto de pleito, quando a sentença estrangeira nº 5.206, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 30-4-2004, proclamou a constitucionalidade da cláusula arbitral, uma vez que a lei deveria privilegiar o princípio da autonomia da vontade, pelo que seria permitido no contrato de sociedade as partes expressamente renunciarem a jurisdição estatal, previsto no artigo. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Contudo, ficou expresso que a eficácia da cláusula dependeria da manifestação da vontade da parte na cláusula compromissória, ou seja, da manifestação expressa do participante no sentido da adoção da dita cláusula. Neste sentido, o entendimento que foi sufragado por esta decisão passaria por impedir que o sócio ausente ou dissidente ver lhe oposta uma cláusula compromissória, uma vez que faltou a sua vontade expressa a ficar vinculado⁹⁶.

Numa outra perspectiva mais moderada, BESSONE admitia que a cláusula compromissória não seria extensível ao sócio que expressamente fosse contra a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos sociais. Contudo, se em causa estivesse um sócio ausente ou que se absteve de votar na assembleia, seria aplicável o conceito de aceitação tácita, relevando como pressuposto o silêncio com valor contratual à luz do artigo 111.º do Código Civil Brasileiro, não relevando para a autora a necessidade de uma vontade expressa na introdução deste tipo de clausulado⁹⁷.

Em síntese, para essa corrente doutrinária intermediária, estariam vinculados à cláusula compromissória estatutária todos os acionistas da companhia, exceto aqueles que, presentes na assembleia geral que deliberou pela sua inclusão, manifestaram seu voto contrário⁹⁸.

⁹⁶ *Cfr.* Rubens Edmundo Requião, Curso de Direito Comercial, 2.º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 120, nota 6.

⁹⁷ *Cfr.* Daniela Bessone Barbosa Moreira, A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais, in: Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361-391.

⁹⁸ *Cfr.* Juliana Krueger, Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 126, São Paulo: USP, 2002, pp. 129-140.

3.2.2.2. Posição assumida na Alemanha

A condução da resolução de litígios em tribunais estaduais, que muitas vezes demoram vários anos a ser resolvidos, estão intrinsecamente ligados a uma panóplia de questões internas que chegam ao conhecimento do público e que podem ter um efeito adverso na condução da vida societária. Deste modo, a sociedade, bem como os seus sócios ou membros de órgãos de administração, têm geralmente de esperar vários anos por uma decisão juridicamente vinculativa. Os procedimentos de arbitragem privados, por outro lado, oferecem a vantagem da confidencialidade, bem como de uma rápida decisão executória, para além de as partes terem a possibilidade de nomear árbitros com particular experiência no assunto em litígio⁹⁹.

Desta forma, começaram os estatutos das sociedades, a preverem cláusulas nas quais em caso de litígios, estes deveriam ser julgados pela via arbitral.

Veja-se que a discussão que torneava a forma como deveriam ser regulamentadas as cláusulas compromissórias fora objeto de discussão na decisão de 29 de março de 1996 do Supremo Tribunal Federal Alemão (“Arbitrabilidade I”), que viria, contudo, a ser aprofundada pelo acórdão de 6 de Abril de 2009 (“Arbitrabilidade II”), nas quais se discutiam os efeitos *inter omnes* que a sentença iria alcançar relativamente à validade das deliberações de acionistas. Desta forma, ficou consagrada na jurisprudência alemã, face à inexistência de preceitos legais que o sustentem, de que deveriam ser consagrados requisitos adicionais na cláusula compromissória estatutária, sob pena de nulidade¹⁰⁰.

Desta forma, surge enquanto princípio, (i) a suscetibilidade da arbitragem conceder uma proteção equivalente àquela que resultaria de um tribunal estadual. Ora na medida em que no direito alemão o caso julgado é alargado a todos os sócios, mesmo os que não tenham sido parte na ação, deverá ser assegurado, à semelhança do que se passa na jurisdição estadual, de que o juiz deverá ser isento e imparcial, devendo existir a salvaguarda de todas as garantias constitucionais. Assim, para que se concretize este princípio, deve na cláusula compromissória constar que todos os sócios ficam adstritos à

⁹⁹ Cfr. Elke Umbeck, *Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren*, Hamburg: SchiedsVZ 2009, pp.143-144.

¹⁰⁰ Cfr. Katharina Hilbig, *chiedsvereinbarungen über GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten* Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 4. 2009, Az. II ZR 255/08 „Schiedsfähigkeit II”; p. 247.

convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem deve, em princípio, ser plasmada nos estatutos da sociedade com o consentimento de todos os acionistas (§ 1066 ZPO); alternativamente, um acordo alcançado fora dos estatutos, com a participação de todos os acionistas e da empresa é suficiente (§ 1029 ZPO)¹⁰¹.

Por outro lado, (ii) deve a escolha dos árbitros ser efetuada por todos os sócios. Veja-se que perante o princípio da igualdade das normas processuais, as partes teriam o direito de nomear o seu "próprio" árbitro. Contudo, devem os sócios chegar a um acordo sobre a nomeação do árbitro, pelo que, o tribunal arbitral não se considera validamente constituído se as partes não tivessem feito um acordo quanto à sua nomeação, aquando da celebração do contrato de arbitragem. Em contraste com as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, que preveem a nomeação de todos os árbitros por um órgão neutro no caso de uma das partes constituída por várias pessoas não conseguir chegar a acordo sobre um árbitro comum, não existe uma disposição semelhante na lei de arbitragem alemã¹⁰².

Não obstante, deve existir a possibilidade de (iii) participação no processo, pelos terceiros que possam ser envolvidos pelo caso julgado; e; (iv) da cláusula deverá constar de que sejam apensados, nos mesmos árbitros, os poderes de resolução de litígios, de forma a que não surja no seio societário decisões contraditórias.

Não obstante, dever-se-á ainda incluir na cláusula compromissório em como o litígio passará para a via arbitral e em como o tribunal e o processo asseguram as regras arbitrais. Por fim, deverá constar que a decisão final deverá fazer caso julgado (§248 AktG e 61.º do CSC), pelo que apenas poderá ser atacado por terceiros numa ação de anulação.

O Tribunal Federal Alemão considera assim nulas as cláusulas de arbitragem que não preenchem estes requisitos, a fim de proporcionar um padrão processual mínimo comparável ao dos processos judiciais estaduais.

101 *Cfr.* Katharina Hilbig, *Schiedsvereinbarungen über GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten* Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 4. 2009, Az. II ZR 255/08 „Schiedsfähigkeit II“; p. 252-253.

102 *Cfr.* OLG Frankfurt/Main: Besetzung des Schiedsgerichts bei Beteiligung mehrerer Parteien auf einer Seite (SchiedsVZ 2006), pp. 220-221.

3.3 Posição assumida em Portugal

No nosso País, a questão que aqui se discute não acolhe unanimidade. Em Portugal respeita-se o princípio da deliberação por maioria, significando isto de que as introduções de cláusulas no contrato de sociedade deveriam, à partida, seguir o quórum das deliberações estatutárias, pelo quem votasse de vencido, ficaria de qualquer forma vinculado, sem direito de exoneração. Uma das razões para tal seria a prevenção de comportamentos oportunistas de sócios que votam contra só para poder ter acesso ao seu direito de exoneração; e de outro modo porque seria economicamente muito pesado para a sociedade.

Relativamente a este tema, no comentário da APA ao ofício n.º 5g4 do Chefe de Gabinete da Exma. Senhora Secretária de Estado da Justiça, esta entidade colocou dúvidas quanto à suficiência de uma maioria qualificada para alteração aos estatutos que visasse a introdução de uma cláusula compromissória. Neste sentido, discutia-se se a melhor solução não passaria por exigir, no limite, a unanimidade de todos os sócios¹⁰³.

Tal como revelava este comentário, a vantagem associada pela não obrigatoriedade de unanimidade na introdução destas cláusulas passaria pela mais fácil adoção pelas sociedades do recurso à arbitragem. Contudo, esta entidade demonstra que uma regra universal poder não garantir a segurança adequada aos sócios em determinadas situações.

Desta forma, perante sociedades já constituídas à data da entrada em vigor de uma possível Lei de Arbitragem Societária, pela imprevisibilidade que o acolhimento que essa futura Lei pudesse vir a suscitar, deveria ser exigida relativamente a inserção de uma cláusula compromissória no contrato social uma maioria superior à maioria qualificada, na medida em que os sócios não contariam com este novo regime. Neste sentido, propõe a APA que estes casos sejam enquadrados segundo uma norma de aplicação da Lei no tempo. Por outro lado, relativamente às sociedades que venham a ser constituídas na vigência da lei, bastaria uma deliberação pelo quórum comum das alterações estatutárias.

103 Dispõe o artigo 2º, n.º 2 do anteprojeto que “a inclusão de cláusula compromissória nos estatutos ou a modificação daquela deve efetuar-se nos termos previstos na lei e nos estatutos para a alteração do contrato de sociedade (...); a eficácia dessa cláusula compromissória fica dependente do registo definitivo da alteração”.

No entanto, a APA acaba por não tomar partido relativamente a esta discussão, limitando-se a declarar de que uma vez que se trata “*de matéria discutível, a posição institucional da APA é, todavia, no sentido de se manter a solução acolhida na proposta de diploma*”. Todavia, poder-se-ia sempre equacionar que fossem os próprios estatutos a regular qual o quórum deliberativo exigido para a introdução destas cláusulas.

Uma possível posição no sentido de que na inclusão de cláusulas compromissórias bastaria uma maioria qualificada prende-se com o facto de esta alteração nos estatutos não alterar de forma significativa a posição dos sócios, uma vez que estes continuariam com os mesmos direitos, simplesmente os litígios passariam a ser resolvidos pela via arbitral. Para mais, será ainda defensável de que a aplicação do princípio da maioria terá subjacente a tutela do interesse geral da sociedade em prole dos interesses individuais dos sócios.

Por outro lado, existe quem defenda de que a introdução destas cláusulas poderia levar a uma restrição do acesso ao direito, na medida em que impediria que os sócios pudessem recorrer à via judicial, pelo que todos aqueles que se vissem afetados por esta cláusula deveriam concordar na sua introdução nos estatutos. Este, é um dos argumentos de quem propugna de que a introdução destas cláusulas deverá ocorrer por unanimidade, ou pelo menos por uma maioria superior à maioria qualificada que se deverá observar para alteração dos estatutos. Desta forma, argumenta-se que os sócios ficariam impossibilitados de um total acesso aos tribunais, tal como decorre do número 1 do artigo 20.º da CRP¹⁰⁴, na medida em que os subscritores destas cláusulas, ao aceitarem a arbitragem, renunciam ao direito de acesso aos tribunais estaduais, uma vez que apenas através do mecanismo arbitral poderão resolver o litígio.

Apesar disto, ter-se-á sempre de concluir que perante o enquadramento jurídico vigente, a arbitragem em contexto societário é de natureza voluntária, representando sempre uma manifestação de vontade das partes.

Quanto a este ponto levanta-se um problema: qual a natureza do direito. Se o direito de acesso aos tribunais estaduais estiver perto de um direito especial, aproximamo-

104“*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”.

nos da unanimidade. Se não for, não há que prever regras especiais para a deliberação de introdução de cláusula arbitral nos estatutos.

Desta forma, se a proposta da APA fosse aceite, poderíamos concluir de que estaríamos perante um direito comum, na medida que se aplicaria o princípio da maioria. Contudo, levantar-se-iam questões quanto à tutela a conferir ao acionista dissidente. Assim, se o direito conferido a este sócio for comum, ao sócio apenas restará tomar mão de mecanismos de impugnação da deliberação social.

Por fim, se assumirmos que o direito de exoneração será suscetível de aplicação, há que inferir se o direito da sociedade vai de encontro ou não ao da exoneração, na medida em que o sócio discordante teria sempre a possibilidade de alienar a sua participação.

Na esteira de PAULO DE TARSO DOMINGUES, os sócios futuros não estariam vinculados à cláusula estatutária, uma vez que faltaria uma manifestação inequívoca de vontade, nomeadamente por escrito, que comprovasse a sua anuência à sujeição à mesma. No fundo, os sócios futuros apenas adquiriram uma simples participação social, não resultando simplesmente da sua aquisição a vinculação a uma cláusula compromissória. Assim, enquanto nas sociedades anónimas, a cláusula compromissória apenas vinculará os novos sócios se estes manifestarem, por escrito, a sua vontade de aderir à mesma, nas sociedades por quotas teremos de distinguir várias situações.

Desta forma, se falamos de sócios que entram na sociedade face a um aumento de capital, nos termos do número 2 do artigo 268.º do CSC, deverão os sócios declarar que aceitam associar-se nas condições do contrato vigente. Por outro lado, se o sócio adquiriu participações por aquisição derivada, paradigmaticamente por compra de quotas, deverá o sócio manifeste, por escrito, a adesão à cláusula¹⁰⁵.

Por seu lado, poder-se-á argumentar de que cláusula compromissória inserida nos estatutos da sociedade vincula todos os sócios da sociedade, tantos os atuais como os futuros, na medida em que a cláusula faz parte dos estatutos (pedimos desculpa pela redundância), pelo que não vinculará apenas os atuais membros da sociedade, como todos aqueles a que venham a ingressar na sociedade. Nesta medida, mesmo que se fale de um sócio não fundador, com a aquisição de uma participação social, passaria a adquirir todos

105 *Cfr.* Paulo de Tarso Domingues, *A Arbitrabilidade dos Litígios Societários*, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 250-251.

os direitos e obrigações que a esta estejam associadas, tanto lega como estatutariamente, na qual se inseria, claro está, a obrigatoriedade de vinculação à cláusula compromissória¹⁰⁶.

Desta forma, tal como esclarece MANUEL PEREIRA BARROCAS, a vinculação a este tipo de cláusulas opera pela adesão a uma convenção de arbitragem já existente, que poderá ocorrer tanto com por uma declaração expressa da vontade ou por declaração tácita¹⁰⁷.

Contudo, somos da opinião que apenas poderá existir vinculação tácita a esta cláusula que integra os estatutos, no caso de esta estar registada no registo público da sociedade¹⁰⁸.

Não obstante, veja-se que parece ser esta a solução proposta no anteprojeto legislativo da APA, na medida em que o número 5 do seu artigo 2.º aponta que os novos sócios ficam vinculados à cláusula compromissória com a assunção dessa qualidade.

Por outro lado, poderá ser sustentado que estas cláusulas arbitrais serem estendidas às contrapartes dos negócios que envolvam a alienação de participações sociais, desde que possa limitar a sua transmissibilidade (à luz da alínea a) do número 2 do artigo 328.º do CSC), sendo que a cláusula será recusada se não se encontrar incluída ou através de prestações acessórias (artigo 287.º do CSC).

Contudo, teremos ainda de ponderar se estaremos perante um direito especial ou comum.

106 Defende MANUEL PEREIRA BARROCAS, que a adesão, feita por um novo sócio, pode ser feita em qualquer tipo de sociedade, uma vez que um investidor que adquire ações adquire, por adesão e por meio desse ato, todo o complexo de direitos e obrigações que caracterizam a sua qualidade de acionista de uma determinada sociedade”, onde estará incluída a sua qualidade de parte numa convenção de arbitragem (Cfr. Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem... *ob. cit.*, p. 121).

107 Cfr. Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem... *ob. cit.*, p. 121.

108 De acordo com Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem... *ob. cit.* p. 121, os sócios futuros ficam vinculados desde que os estatutos se encontrem registados num registo público, que, em Portugal, será através da conservatória do registo comercial. Desta forma, caso uma cláusula compromissória que conste de um acordo parassocial, ou qualquer outro contrato externo aos estatutos, apenas vinculará quem venha a adquirir participações sociais, através da adesão expressa, com o acordo das restantes partes, dada a falta de publicidade de registo da convenção de arbitragem.

3.4. Direitos Especiais

Os direitos especiais ganharam uma autonomia expressa, encontrando-se previstos no artigo 24.º, que se encontra inserido na parte geral do Código das Sociedades Comerciais, estabelecendo as regras principais desta figura, aplicáveis a todos os tipos societários, pelo que a matéria de direitos especiais não se esgota unicamente neste artigo, indo para além deste e encontrando várias referências ao longo do CSC¹⁰⁹, o que demonstra a importância prática desta figura. Todavia, desta norma é possível inferir-se dois regimes: o regime comum e o regime especial de direitos especiais.

No regime comum dos direitos especiais, encontramos aquelas regras que são aplicáveis a todos os tipos societários, sem distinção. Falamos dos números 1 e 5 do artigo 24.º do CSC.

Começando pelo fim, o n.º 5 consagra o princípio da inderrogabilidade dos direitos especiais, *i.e.*, estes não podem ser suprimidos ou coartados sem o consentimento do sócio titular do direito especial. Em bom rigor, estes direitos colocam o seu titular numa posição de supremacia na dinâmica societária, garantindo-lhe segurança em como aquela posição de vantagem não poderá ser suprimida sem o seu consentimento e, mesmo que o seja, que não produzirá efeitos na sua esfera jurídica na medida em que tal ato seria ineficaz¹¹⁰. Se assim não fosse, estar-se-ia a retirar o efeito útil da estipulação de um direito especial no contrato de sociedade. No fundo, não nos podemos esquecer que a atribuição de um direito especial confere ao sócio uma determinada segurança na existência e manutenção desse direito desde o início ao fim da sociedade, e que muitas das vezes a concessão de direitos especiais é o que determina a entrada de determinados sócios na vida Societária.

Por outro lado, na falta de melhor definição, poderemos dizer que à luz do número 1 do artigo 24.º do CSC, serão direitos especiais todos aqueles que por estipulação no

109 Existem vários exemplos de direitos especiais ao longo do código, desde logo o artigo 55.º do CSC quanto à ineficácia das deliberações tomadas sem o consentimento do sócio que vê o seu direito especial afetado; ou quanto aos artigos 328.º e 329.º do CSC, quanto às transmissões de ações e consequentemente quanto à transmissão de categorias de ações com direitos especiais; apenas para dar nota de alguns exemplos.

110 *Cfr.* Cristiano Dias, Os Direitos Especiais dos Sócios, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 36-37.

contrato de sociedade criem direitos especiais em relação a “*algum sócio*”. Face a esta definição, na falta de estipulação, estes direitos serão ineficazes quanto à sociedade.

Nos restantes números, encontramos o regime especial, que no fundo define as regras específicas para cada tipo societário.

Surge, no entanto, outra problemática: o facto de o Código não especificar se este tipo de direitos deve ou não ter uma consagração expressa. Contudo, parece existir o entendimento que basta que resulte da interpretação do contrato de sociedade que se pretende criar um direito especial¹¹¹. Porém, RICARDO SERRA CORREIA aponta que nem sempre será assim, pois existem direitos especiais que necessitam de consagração expressa, enunciando, como exemplo, a possibilidade de quinhão mais no lucro de exercício, onde a percentagem que irá receber deve estar expressamente consagrada¹¹².

Contudo para que estes direitos possam ser limitados ou coartados da titularidade de um sócio titular desses direitos especiais, já será necessário que exista uma cláusula contratual expressa¹¹³.

Assim, à primeira vista seremos levados a dizer que serão especiais os direitos que sejam concedidos a um sócio ou a um grupo restrito de sócios. No entanto, tal problema não se coloca no caso das Sociedades Anónimas, pois o número 4 do referido preceito enuncia que os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de ações, sendo transmitidas com estas¹¹⁴.

Este preceito permite assim que as ações privilegiadas sejam, em princípio, transmitidas livremente, uma vez que se encontram associadas a categorias de ações e não a sócios. No fundo, este preceito afasta-se do regime das sociedades personalistas, onde em princípio a sua transmissão carece de consentimento dos outros sócios. Nas Sociedades Anónimas o caso muda de figura uma vez que o carácter personalista tende a

111 *Cfr.* Alexandre Soveral Martins, Elisabete Ramos, Código das Sociedades Comerciais, Coimbra: Quarteto, 2001, p. 80.

112 *Cfr.* Ricardo Serra Correia, Os Direitos Especiais à Luz do CSC e do Direito da União Europeia – Algumas Reflexões, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, n.º 4, Lisboa, 2013, pp.1389-1422

113 *Cfr.* Jorge Pinto Furtado, Curso de Direito das Sociedades, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 236.

114 Desta forma não podem ser atribuídos a um sócio específico, mas sim a determinadas categorias de ações. Como exemplo desta situação veja-se o Ac. do STJ (TATO MARINHO) de 09-05-1991: “*Basta notar que nas sociedades anónimas não pode ser atribuído a um dos sócios direito exclusivo a administração, pois os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de ações e não a accionistas individuais*”.

desaparecer para se passar a dar ênfase à participação social. Como enuncia CRISTIANO DIAS, o que passa a revelar são os direitos e obrigações que estão ligados àquelas categorias de ações¹¹⁵.

Por outro lado, quanto a sua suscetibilidade de derrogação, o número 5 do artigo 24.º do CSC deve ser decomposto em dois momentos. Em primeiro lugar, este preceito revela-nos que “*os direitos especiais não podem ser suprimidos ou coarctados sem o consentimento do respectivo titular*”, sob pena de ineficácia (artigo 55.º do CSC). No entanto, a segunda parte irá excepcionar a primeira, na medida em que os direitos especiais não serão inderrogáveis caso exista regra legal ou contratual expressa em sentido contrário.

Assim, para que possam ser derrogáveis, a lei estatui que será necessário que essa derogabilidade seja expressa, apontado como inderrogáveis todos aqueles direitos especiais que não contenham tal estipulação. Podemos assim concluir que apesar de tipicamente estes direitos serem inderrogáveis, essa factualidade não constitui regra, pelo que a inderrogabilidade não se associa como característica basilar dos direitos especiais enquanto tais¹¹⁶.

Para além do mais, estes devem constar do contrato social, pelo que ficarão afastadas outras formas de constituição de direitos especiais, desde logo os acordos parassociais.

Chegando até aqui, reconhecemos que não podem ser considerados direitos especiais todos e quaisquer direitos que componham a própria participação social de que o sócio é titular¹¹⁷. O Código das Sociedades Comerciais não concretiza o que se entende por Direito Especial, apesar das pistas que o enunciado do artigo 24.º desse Código apresenta.

115 *Cfr.* Cristiano Dias, *ob. cit.*, pp. 79-80.

116 *Cfr.* Raúl Ventura, *Direitos Especiais dos Sócios*, *O Direito*, ano 121, tomo I, 1989, p. 213.

117 Como exemplo, apontamos a proibição de atribuição de voto plural (número 5 do artigo 384º do CSC), assim como proibição de atribuição do direito de designação de administradores a determinadas categorias de ações (número 2 do artigo 391.º), no caso das sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações. Já no âmbito das sociedades por quotas, estes direitos especiais são possíveis, correspondendo, respetivamente, ao direito de voto duplo e ao direito especial de nomeação dos membros do órgão de administração da sociedade (*Cfr.* Ana Rita Batista Melo, *Os direitos especiais dos sócios nos estatutos das sociedades por quotas, em especial o direito especial à gerência*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa 2016, p. 10).

Antes da vigência do atual Código, MANUEL DE ANDRADE apontava como direitos especiais aqueles que fossem individuais ou particulares e que conferissem através do ato constitutivo da corporação, vantagens especiais atribuídas a determinadas classes de sócios, sem que pudessem ser suprimidos sem o consentimento destes¹¹⁸.

Nesta senda, será importante parafrasear a distinção entre direito especial e vantagem especial dada por PAULO OLAVO CUNHA, quando o autor enuncia que as segundas se caracterizam pela sua atribuição aos fundadores na constituição da sociedade (artigo 16.º do CSC), não dependendo da sua participação e pela sua suscetibilidade de subsistência mesmo quando afastado da sociedade, ao contrário daquilo que acontece nas ações especiais, que não subsistem sem a qualidade de sócio¹¹⁹. Contudo, coloca-se o problema de interpretação face ao enunciado normativo “*algum sócio*” que se encontra vertido no número 1 do artigo 24.º do CSC.

Existem assim partidários de que o que está em causa é a especialidade face à suscetibilidade de ser atribuída uma vantagem sobre os demais sócios¹²⁰. Nas palavras de CRISTIANO DIAS, seria “*de certa forma, uma natureza intuito personae*”, a que estava associada a este tipo de direitos, pelo que nem todos os sócios poderiam ver surgir na sua esfera jurídica a titularidade destes direitos especiais.

Para uma face da doutrina, estes direitos especiais, dever-se-iam afastar dos direitos inderrogáveis pertencentes a todos os sócios, devendo apenas constar os direitos especiais pertencentes a algum sócio. Para RAÚL VENTURA, a génese desta interpretação estava no facto de que se fosse entendido o contrário, a inderrogabilidade assumiria a faceta caracterizadora dos direitos especiais, fazendo desaparecer a especialidade¹²¹.

Diferentemente MENEZES CORDEIRO, defende que os direitos são especiais por traduzirem um privilégio face ao regime geral, pelo que podem ser atribuídos a todos os sócios desde que atribuídos de forma especial¹²². No fundo, o ilustre civilista

118 *Cfr.* Manuel de Andrade, Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, 4.ª reimpressão, Almedina: Coimbra, 1974, p.184.

119 *Cfr.* Paulo Olavo Cunha, Os novos direitos especiais: as ações especiais; *in* II Congresso de Direito das Sociedades em Revista; Almedina: Coimbra, 2012; p. 113.

120 *Cfr.* Luís Brito Correia, Direito Comercial, II, Sociedades Comerciais, Lisboa: AAFDL, 2000, p.306; João Labareda, Das ações das Sociedades Anónimas, Lisboa: AAFDL, 1988, p. 233.

121 *Cfr.* Raúl Ventura, - Direitos Especiais..., *ob. cit.*, p. 214.

122 *Cfr.* António Menezes Cordeiro, Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coimbra: Almedina, 2009, p. 146.

argumenta que estas categorias de direitos adquirem *a sua especialidade não por pertencerem apenas a alguém, “mas por pressuporem, em si, um regime especial, isto é, diferente do comum”*¹²³.

Quanto a nós, é indubitável que existem direitos inerentes ao *status quo* do sócio enquanto tal, que à partida são inderrogáveis, veja-se o exemplo do direito à informação (artigo 181.º do CSC), que à partida é inderrogável sem que, contudo, se qualifique como direito especial. Se entendêssemos a derogabilidade como pedra de toque da especialidade dos direitos, teríamos de considerar o exemplo do direito à informação como um direito especial. Não parece ser este o âmbito de aplicação do artigo 24.º, pois da sua génese está a regulação de direitos que devem ser concedidos a um sócio (ou grupo restrito de sócios), que o coloque numa posição de vantagem sobre os demais. Como dissemos anteriormente, no caso de direitos inderrogáveis pertencentes a todos os sócios, ninguém estaria em vantagem sobre os demais, pois todos teriam o mesmo direito “especial”. No fundo para que seja especial, deve ser um direito que seja diferente dos direitos gerais que são atribuídos a outros sócios, uma vez que só aquele sócio pode gozar daquele direito.

Mas vamos mais longe; se nos socorrermos do argumento gramatical, temos que ter em conta as palavras que tenham sido expressas pela lei, tal como enuncia o artigo 9.º do Código Civil. Nesta senda, devemos supor que o legislador se exprimiu de forma adequada¹²⁴. Mesmo que se argumente que este é o mais frágil dos argumentos, não conseguimos aqui prever de que forma é que o legislador tenha ficado aquém daquilo que pretendia dizer, uma vez que no mesmo código surgem outros preceitos que identificam os sócios no seu conjunto e não individualmente. Posto isto, se aqui vem referido “sócio”, não podemos partir do particular para o geral.

Por outro lado, mesmo que interpretemos que não pode ser um direito de todos os sócios, resta saber se será o direito de “alguns sócios” ou de apenas um sócio. A verdade

123 Parafrazeemos e citamos, o Ac. do TRP (LEONEL SERÓDIO), de 27-03-2015, Processo n.º 4759/09.1TBSTS.P1.

124 Tal como enuncia António dos Santos Justo, o elemento literal desempenha duas funções a saber; a função negativa que serve afastar as interpretações que não tenham base na letra da lei; e a positiva em que se deve privilegiar sucessivamente, a utilização dos vários significados possíveis, o técnico-jurídico, o especial e o fixado pelo uso da linguagem. (António dos Santos Justo, Introdução ao Estudo do Direito, 6.ª edição, Coimbra Editora: Coimbra, 2012, pp 335-336.)

é que existem preceitos que enunciam os vocábulos “alguns sócios”¹²⁵, pelo que daqui se retira que se referem a mais do que um sócio, mas não a todos os sócios. Se o legislador diferencia “alguns sócios” de “algum sócio”, parece que se inclina a dizer que aquela situação em concreto apenas se aplica a “um” e não a “alguns”. Mas não é isto que se tem verificado na dinâmica societária, pelo que apesar de neste caso o seu significado literal apontar para que apenas seja direito de um sócio, o artigo 389.º do CSC parecem apontar no sentido de existir mais que um sócio com categorias de ações especiais.

Ora as palavras do legislador foram claras quanto à expressão “algum sócio”. Daqui não se pode retirar que a “todos” possam ser concedidos direitos especiais, estaríamos a fazer uma interpretação que em nada corresponde com o enunciado linguístico presente neste preceito e as interpretações *ab rogantes*¹²⁶ são perigosas. Não se pode do menos chegar ao mais; se o legislador se pretendeu limitar a “alguns”, não poderemos dizer que todos os sócios poderão ser possuidores de direitos especiais.

Quanto às Sociedades Anónimas, referem-se os números 4 e 6 do artigo 24.º do CSC. No número 4, vem consagrado o princípio da livre transmissibilidade dos direitos especiais, uma vez que estes se encontram atribuídos a categorias de ações (ações privilegiadas) e não aos sócios em concreto, ao contrário do que acontece nas sociedades de natureza pessoalista. Pelo que, uma vez que se trata de Sociedades de capital, a figura dos sócios tende a desaparecer da dinâmica societária, ganhando importância a participação social em concreto. Neste tipo societário, deixa de relevar quem é titular/portador da ação e passa a interessar que direitos e obrigações e efeitos transportam aquela ação/categoria de ações em especial.

125 Existem ainda casos em que o legislador separa deliberadamente entre um ou alguns sócios, veja-se o caso do número 2, do artigo 10.º do CSC que enuncia: “*Quando a firma da sociedade for constituída exclusivamente por nomes ou firmas de todos, algum ou alguns sócios deve ser completamente distinta das que já se acharem registadas.*” Contra tal entendimento poder-se-ia argumentar que preceitos como a alínea b), do número 2, do artigo 103.º do CSC ao enunciar que “*A fusão apenas pode ser registada depois de obtido o consentimento dos sócios prejudicados quando afetar direitos especiais de que sejam titulares alguns sócios*” seria um preceito em que o legislador consagrava que o mesmo direito especial poderia estar na titularidade de mais do que um sócio. Mas não parece ser esse o entendimento que se fazem dessas palavras. O que daqui se retira é que podem existir vários direitos especiais diferentes, que pertencem individualmente a cada um dos sócios e que podem ver a sua situação perigada em caso de fusão.

126 Este tipo de interpretações deve ter lugar quando a razão da lei seja contrária aos interesses que se visam tutelar. No fundo, esta só deve ter lugar quando o interprete mostrasse que o legislador não tinha previsto aquele resultado (*Cfr.* José de Oliveira Ascensão, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 411-412.).

Por seu turno, o número 5 do artigo 24.º do CSC, vem consagrar que será necessário o consentimento do sócio titular do direito especial, para que este seja suprimido ou coartado. No entanto, como se disse, nas Sociedades Anónimas, estes direitos são atribuídos a categorias de ações e não a ações pelo que terá que ser uma assembleia especial de acionistas, a quem sejam atribuídas estas categorias de ações a determinar se concedem ou não o seu consentimento para que vejam o seu direito especial limitado. Assim, será imperativo que exista uma Assembleia Especial de Acionistas que delibere sobre essa supressão ou coerção.

Posto isto, enuncia o artigo 389.º do CSC que este tipo de Assembleias se irá reger segundo as regras específicas quanto às Assembleias especiais dos acionistas.

Para que possa existir alterações ao contrato social teremos que ter presentes o artigo 265.º do CSC que enuncia que as deliberações de alteração ao contrato social devem ser tomadas por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social.

Nesta medida, resta saber se nessa maioria deveria estar incluído o voto favorável daqueles sócios que vão ver os seus direitos coartados, a não ser, claro está, que por lei ou contrato social se dispense a permissão dos sócios privilegiados; ou se por outro lado deve existir uma assembleia *ad hoc* dos sócios com direitos privilegiados, em que só estes devem votar ou não o seu consentimento, através da maioria qualificada de três quartos presente no artigo 265.º do CSC *ex vi* artigo 389.º do CSC, que manda aplicar as regras das assembleias gerais.

Quando nos referimos ao número 6 do artigo 24.º do CSC, este não obriga a que o consentimento dos acionistas titulares aquela categoria de direitos especiais, tenha que ser dada sob a forma de deliberação da assembleia especial. O consentimento poderá ser obtido através de retificação ou aprovação da deliberação da assembleia geral; contudo ficaria esta dependente da deliberação tomada na assembleia especial¹²⁷.

Para PAULO OLAVO CUNHA, uma vez que neste tipo de sociedades é muito difícil a unanimidade, bastaria o consentimento da maioria dos sócios afetados¹²⁸. Com o mesmo entendimento, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE refere que pode ser muito

127 *Cfr.* Paulo Olavo Cunha, Os direitos especiais nas sociedades anónimas: As ações privilegiadas; Coimbra: Almedina, 1993, p.192; Cristiano Dias, *ob. cit.*, p. 310.

128 *Cfr.* CUNHA, Paulo Olavo, Os novos direitos especiais..., *ob. cit.*, p.117-119.

difícil reunir todos os titulares destas categorias de direitos e que mesmo que se reunissem, a unanimidade seria muito difícil de atingir pelo que se poderia colocar em causa o interesse da sociedade¹²⁹.

No entanto, como notam CRISTIANO DIAS e POIRIER BRAZ, o próprio número 1 do artigo 389.º do CSC enuncia que se devem aplicar às assembleias especiais as regras das assembleias gerais, pelo que limitações ou supressões de direitos correspondem a alterações do contrato de sociedade e assim devem ser aplicadas as maiorias relativas às alterações do contrato de sociedade¹³⁰.

Por outro lado, EDUARDO LUCAS COELHO nega que a votação possa ser feita em separado na assembleia geral; esta terá sempre que ser feita em assembleia especial, considerando o número 6 do artigo 24.º do CSC imperativo. O autor argumenta ainda que se assim não fosse todos os sócios (com categorias de ações especiais e sem elas) poderiam participar na discussão influenciando os titulares de categorias de ações especiais “*uma vez que os demais sócios estão contra si, isso enfraqueceria a sua posição e a forma de expressar as suas ideias*”. Desta forma os acionistas destas categorias teriam maior liberdade uma vez que estariam numa situação de “*comunhão de interesses*”, evitando-se que questões relevantes não fossem debatidas e verificando-se um ambiente propício a deliberarem sem qualquer constrangimento provocado por sócios de outras categorias¹³¹. Desta forma o autor nega que o Presidente de mesa da Assembleia Geral possa presidir às assembleias especiais de acionistas, nos termos do número 1 do artigo. 389.º do CSC¹³². Assim o autor considera que o número 6 consagraria um regime imperativo.

Porém, CRISTIANO DIAS enuncia que se existir um número bastante reduzido de acionistas na Sociedade, os titulares daquela categoria de ações não teriam necessidade de dar o seu assentimento numa votação separada, em sede de Assembleia Especial.

129 Cfr. TRIUNFANTE, Armando Manuel Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas: Direitos de Minoria Qualificada. Abuso de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.152.

130 Cfr. DIAS, Cristiano Dias, *ob. cit.*, pp. 314-315; Manuel Poirier Braz, Sociedades Comerciais e Direitos Especiais, Coimbra: Almedina, 2010, p. 114.

131 Cfr. Eduardo Lucas Coelho, Exercícios vários acerca da presidência das assembleias de categorias de accionistas, in AAVV, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora: Lisboa, 2003, pp. 442-443

132 Cfr. Eduardo Lucas Coelho, *ob. cit.*, p. 464; Raquel Cardoso Nunes, A Responsabilidade Civil do Presidente da Mesa da Assembleia Geral das Sociedades Anónimas; Dissertação de Mestrado, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 27.

Uma coisa é certa, é imperativo que o sócio que veja o seu direito coartado ou limitado dê o seu consentimento, quando o contrário não venha previsto em lei ou contrato social (dada a supletividade do número 1 do artigo 24.º). Mas a verdade é que dinâmica societária nas Sociedades Anónimas, em que muitas vezes existem sócios muito dispersos levará a que seja quase impossível que exista unanimidade na limitação destes direitos, o que poderia colocar o interesse societário. Posto isto, será necessário que nas Sociedades Anónimas esta votação ocorra por maioria qualificada e não por unanimidade dos sócios com direitos especiais.

Assim, para que possam ser criados direitos especiais durante a “vida” de uma Sociedade Anónima, deverá a Assembleia Geral aprovar tal criação por maioria de dois terços (tal como prescreve o número 3 do artigo 386.º do CSC), no caso de estarem presentes ou representados, em primeira convocação, acionistas que detenham, no mínimo, ações que correspondam a um terço do capital social (número 2 do artigo 383.º do CSC). Por conseguinte, uma deliberação que crie um direito especial desrespeitando estas regras é considerado anulável nos termos da alínea a), do número 1 do artigo 58.º do CSC.

Contudo, poder-se-ia argumentar que não faria sentido utilizar o regime geral uma vez que especialidade dos direitos especiais reside no facto de consubstanciarem num regime especial. No entanto, esta posição seria facilmente refutável por todos aqueles que consagram a inderrogabilidade como característica fundamental dos direitos especiais.

3.4.1. Momento da Constituição dos Direitos Especiais

O número 1 do artigo 24.º do CSC enuncia que “só por estipulação no contrato de sociedade podem ser criados direitos especiais de algum sócio”. É assim indubitável que este tipo de direitos deve constar imperativamente do pacto social. Este preceito levanta algumas dúvidas. Em primeiro lugar, fica por saber se devem ser criados no momento de constituição da sociedade ou se podem ser criados posteriormente. Por outro lado, fica por saber se este tipo de direitos deve ser reduzido a escrito, uma vez que o enunciado normativo em apreço é omissivo quanto a tal requisito de forma.

Quanto à primeira situação, uma interpretação literal levaria a que apenas se pudesse proceder à criação de direitos especiais aquando da celebração do contrato de

sociedade e nunca por vias de alteração ou modificação contratual em momentos posteriores. No fundo, seríamos levados a dizer que estava impossibilitada a criação superveniente de direitos especiais.

Perante esta situação, uma parte da doutrina considera admissível que os direitos especiais possam ser criados em momento posterior. Nesta senda COUTINHO DE ABREU considera que tal seria possível, desde que essa fosse a vontade de todos os sócios¹³³. Também este parece ser o entendimento Alemão em sede de criação de direitos especiais por alteração do contrato social quando se diz que “*deve ser tomada por unanimidade dos sócios, uma vez que um direito especial contaria o princípio da igualdade de tratamento dos sócios e este Princípio só pode ser afastado por vontade de todos eles*”¹³⁴.

No fundo, se entendermos que as ações privilegiadas podem ser criadas no momento da constituição da sociedade, bem como durante a vida da sociedade, seja por convenção de ações ordinárias, seja por aumento de capital, ter-se-ão que reter algumas considerações.

Desde logo que as criações de direitos especiais em vida da sociedade geram uma situação de desvantagem para com os demais sócios que já faziam parte da sociedade, visto que este irão ver as suas participações a serem direta ou indiretamente desvalorizadas como contrapartida pela atribuição de uma vantagem aos titulares de direitos especiais, pelo que será imperativo que todos estes consintam na criação de tais direitos após a celebração do contrato de sociedade. Se tal entendimento fosse colocado em causa, estar-se-ia a violar o princípio da igualdade de tratamento dos sócios.

Por outro lado, poder-se-á abdicar do corolário da unanimidade, passando a subsistir uma alteração contratual deliberada por uma maioria qualificada, quando o interesse social imponha uma alteração ao contrato social.

Também a própria Constituição da República Portuguesa revela princípio da igualdade de tratamento, vertido no artigo 13.º onde se impõe o tratamento igual de situações materialmente idênticas, e o tratamento diferente de situações materialmente distintas.

133 Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, volume II, Das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 214-215.

134 Hachenburg-Ulmer, 7.ªed., §5, 156; *apud* Raúl Ventura, Direitos Especiais..., *ob. cit.*, p. 215.

Sob uma outra perspetiva, podemos considerar que a criação de direitos especiais durante a via societária irá desequilibrar a posição daqueles sócios que não tenham tido essa possibilidade, principalmente quanto a direitos patrimoniais, pelo que eventualmente se poderia distinguir entre a criação posterior de direitos patrimoniais e não patrimoniais. Nesta perspetiva, aquando da criação de direitos não patrimoniais, não se colocariam em causa os direitos dos restantes sócios, pelo que não se colocariam os problemas da unanimidade.

Por outro lado, cabe reter que tem sido unanimemente aceite pela doutrina, que o artigo 302.º é meramente exemplificativo, pelo que as ações privilegiadas não estão sujeitas a qualquer tipicidade legal¹³⁵.

Assim, cabe determinar se os direitos especiais são necessariamente de natureza patrimonial ou se, por outro lado, podemos encontrar também direitos especiais de natureza não patrimonial.

Para PAULO OLAVO CUNHA podem existir direitos especiais de natureza não patrimonial uma vez que, existiam ações com privilégio de voto adquiridas antes da entrada em vigor do CSC; e é possível configurar direitos especiais de cariz não patrimonial como o direito de veto de um administrador ou de um membro do conselho fiscal, bem como o direito de preferência na transmissibilidade de ações nominativas¹³⁶.

Já ARMANDO MANUEL TRIUFANTE é contra tal solução. Para este autor, o facto de nas Sociedades Anónimas os direitos especiais serem atribuídos a ações e não aos respetivos titulares, obsta a que seja admissível a atribuição de direitos pessoais, no sentido de que o seu titular seja um acionista em concreto. Por outro lado, as exceções previstas na lei não passam disso mesmo¹³⁷.

A reforçar esta última posição podemos desde logo enunciar o artigo 302.º do CSC que apenas se refere a direitos especiais de natureza patrimonial, o que no leva a querer que apenas esses se possam aplicar nas Sociedades Anónimas.

No entanto podemos refutar este entendimento com a demonstração que podem ser atribuídos direitos especiais de natureza não patrimonial nas Sociedades Anónimas, desde logo com o direito de veto do administrador designado, direito de preferência na

135 *Cfr.* António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 666.

136 *Cfr.* Paulo Olavo Cunha, *ob. cit.*, pp. 149 e ss.

137 *Cfr.* Armando Manuel Triunfante, *ob. cit.*, p.143.

transmissão de ações nominativas, direito de ser designado liquidatário em caso de dissolução por exemplo.

No fundo apenas teremos de ter em atenção às proibições que venham consagradas na lei (como por exemplo a proibição de voto plural presente no número 5 do artigo 384.º e artigo 531.º, ambos do CSC).

3.4.2 Síntese conclusiva

Desta forma, seria indubitável concluir de que as participações sociais englobam uma panóplia de faculdades e direitos que em tudo podem ser divergentes. Desta forma, se em causa estiver a modificação de aspetos processuais do exercício dos direitos sociais gerais, estaria subtraída à necessidade de consentimento dos sujeitos visados, como mera decorrência do princípio maioritário nas sociedades.

Contudo, tal como defende RUI PEREIRA DIAS, *“este princípio está tão limitado para os aspetos processuais como está para os aspetos substanciais; pelo que, à partida e na ausência de uma construção adequada, não vejo como validamente vincular o sócio à cláusula compromissória estatutária geral no que toca à tutela jurisdicional dos seus direitos especiais, se este sócio tiver votado desfavoravelmente a sua introdução nos estatutos. Daí que aqui fique uma sugestão prática: a de, sempre que sejam alterados os estatutos para introdução de convenções de arbitragem «gerais», proceder-se a uma análise detalhada dos estatutos no sentido de identificar a existência de direitos especiais”*¹³⁸.

Neste sentido, poder-se-ia adaptar estas convenções aos direitos especiais, de maneira a que cobram litígios sobre esses mesmos direitos, tendo sempre em linha de conta de que a sua eficácia dependeria sempre do voto favorável do sócio titular do direito especial cuja tutela jurisdicional é modificada.

Para mais, o autor aponta de que isto valerá também para os direitos especiais «processuais», de ação judicial, no sentido de que poderiam ser consagrados *“estatutariamente um ou vários direitos especiais à ação «judicial» (por contraposição*

138 Cfr. Rui Pereira Dias, *Alguns problemas...*, *ob. cit.*, pp. 299-301.

a «arbitral») do sócio, de tal modo que a resolução de um litígio pela via arbitral careça sempre do concreto consentimento dos sócios dele beneficiários”¹³⁹.

O autor prossegue, afirmando de que a consagração a um direito especial à ação judicial do sócio, apesar de limitar o acesso à via arbitral, poderá ter “*consequências favoráveis para o modo como se encara a vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias estatutárias*”.

A adotar esta posição, significaria que existiria uma legitimação à introdução de cláusulas compromissórias nos estatutos por deliberação maioritária e não unânime, na medida em que permitiam ao sócio excluir-se da via arbitral. Não obstante, seria imperativo que se verificasse a exigência consensual à própria deliberação de introdução do direito especial à ação judicial, tal como é indicada nos termos do número 1 do artigo 24.º do CSC¹⁴⁰.

3.5. Vinculação dos sócios à cláusula compromissória: posição adotada

Chegando até aqui, depois de termos passado um olhar geral no entendimento sufragado pela doutrina portuguesa e internacional, cabe agora deixar a nossa posição crítica relativamente a uma possível vinculação de todos os sócios a uma cláusula compromissória.

Desta forma, iremos responder, de forma esquematizada, aos seguintes problemas que se colocam:

A) Possível renúncia à função jurisdicional

Um dos argumentos suscitados quanto à necessidade de unanimidade na deliberação de aprovação de uma cláusula compromissória passa pela possível denegação

139 *Cfr.* Rui Pereira Dias, *Alguns problemas...*, *ob. cit.*, pp. 299-301.

140 *Cfr.* Rui Pereira Dias, *Alguns problemas...*, *ob. cit.*, pp. 299-301.

de acesso à justiça dos sócios dissidentes ou ausentes, na medida em que não poderá existir uma assunção de renúncia de acesso à via judicial.

Relativamente a este ponto, teremos que demonstrar a nossa discordância, se não veja-se: em primeiro lugar, a própria constituição portuguesa equipara os tribunais arbitrais aos tribunais judiciais no seu artigo 209.º. Desta forma, nunca ficaria afetado o direito à ação dos sócios, mas tão só se altera a jurisdição onde será julgado o litígio. Veja-se que à semelhança dos juízes, os árbitros devem ser “*independentes e imparciais*“, para além de poderem ser responsabilizados “*nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser*” pelo que existe uma equiparação entre árbitros e juízes togados.

Para mais, apesar de a regra da arbitragem voluntária ser a irrecorribilidade da sentença, poderá ser admitido recurso para o tribunal estadual nos casos em que as partes prevejam expressamente tal possibilidade na convenção de arbitragem (número 4.º do artigo 39.º da LAV), Desta forma, desde que a cláusula compromissória consagrasse esta possibilidade de recorribilidade, nunca seria posto em causa o direito de acesso à justiça por esta categoria de sócios.

No fundo, nunca existiria aqui uma renúncia por partes dos sócios ausentes ou dissidentes de acesso à justiça, na medida que o que se visa seria salvaguardar uma sentença de mérito e tal seria alcançado através do recurso à arbitragem. Desta forma, teremos de considerar que o argumento de limitação de acesso à justiça por partes dos sócios seria improcedente.

B) Uma Ditadura de minorias

No sistema societário português prevalece o princípio da maioria como forma de condução da vida em sociedade. Este sistema, nas sociedades de capitais, permite evitar os bloqueios decorrentes de posições minoritárias que com isso inviabilizassem o normal tráfico societário. Por outro lado, veja-se que a obrigatoriedade de unanimidade colocaria em risco que muitas sociedades pudessem recorrer à arbitragem.

Veja-se que em alguns ordenamentos, como o direito brasileiro, foi consagrado um direito de recesso por parte dos sócios dissidentes, pelo que se se mostrassem avessos à introdução desta cláusula compromissória, conseguirão ver nascer na sua esfera jurídica

um direito de se exonerarem. Contudo, o sistema português não consagrou tal solução e apenas em situações muito limitadas permite a exoneração dos sócios. Veja-se que a introdução de uma norma que visasse a possível exoneração dos sócios dissidentes poderia levar a comportamentos oportunistas de sócios que votassem contra, apenas para que dessa forma vissem adquirida a sua participação. Se tal mecanismo fosse inserido, poderia ser economicamente muito penoso para as sociedades, que assim poderiam, nalgumas das vezes, ver-se a sucumbir. Não obstante, apesar de não existir este direito de recesso, os sócios, poderiam à partida alienar a sua participação se não concordassem com a introdução desta cláusula.

Desta forma, a inexistência desta cláusula permitirá que se encontre um meio termo entre o interesse dos sócios e o interesse da sociedade. Assim, dever-se-ia respeitar o princípio da deliberação por maioria, significando isto de que as introduções de cláusulas no contrato de sociedade deveriam, à partida, seguir o quórum das deliberações estatutárias, pelo quem votasse de vencido, ficaria de qualquer forma vinculado, sem direito de exoneração.

C) Direito de acesso aos tribunais enquanto direito especial

Por outro lado, se for conferida uma tutela especial a este direito, pode equacionar-se o direito de exoneração. Todavia, apesar de este mecanismo estar presente noutros ordenamentos, tal opção parece não constar do regime português. No entanto, apesar de o legislador não atribuir um direito legal de exoneração ao sócio nestes casos, nada parece impedir que os sócios inscreverem nos estatutos esse direito de exoneração: um direito de origem estatutária e não legal. Veja-se que tal já decorre para a Sociedades por Quotas, no número 1 do artigo 240.º do CSC, pelo que sugerimos que tal entendimento seja aplicado analogicamente às Sociedades Anónimas, na medida em que não existe previsão na lei para estas.

Desta forma, caso se pretenda que este direito de exoneração de fonte estatutária seja insuscetível de aplicação, deverá o legislador vetar expressamente essa possibilidade. Assim, perante o silêncio da lei, a ausência de direito de exoneração funcionaria como

regime, apenas, supletivo, permitindo-se expressamente que as sociedades possam dispor diversamente nos seus estatutos¹⁴¹.

D) Vinculação de sócios futuros

Relativamente a este ponto, na medida em que um novo sócio pretende integrar a sociedade, deverá existir um ónus da sua parte de indagar todos os direitos e obrigações que surgem da aquisição da sua participação. Neste sentido deve o futuro sócio verificar os estatutos sociais, pelo que não se deverá aproveitar do seu desconhecimento para com isso se insurgir relativamente à via arbitral.

Desta forma, somos da opinião de que uma cláusula compromissória inserida nos estatutos da sociedade vincula todos os sócios da sociedade, tantos os atuais como os futuros, uma vez que estes com a aquisição de uma participação social, passaria a adquirir todos os direitos e obrigações que a esta estejam associadas, tanto legal como estatutariamente, na qual se inseria, claro está, a obrigatoriedade de vinculação à cláusula compromissória.

Desta forma, desde que os estatutos se encontrem registados na conservatória do registo comercial, deverá o futuro sócio indagar se daí consta alguma cláusula compromissória, pelo que caso uma cláusula compromissória conste de um acordo parassocial, ou qualquer outro contrato externo aos estatutos, apenas vinculará quem venha a adquirir participações sociais, através da adesão expressa, com o acordo das restantes partes, dada a falta de publicidade de registo da convenção de arbitragem.

141 Neste sentido, veja-se o comentário da APA ao ofício n.º 5g4 do Chefe de Gabinete da Exma. Senhora Secretária de Estado da Justiça onde se nota de que ““(…) [O] direito português só em casos muito raros acolhe esta solução: seria estranho um quadro normativo em que a introdução de uma cláusula compromissória atribuísse ao sócio o direito de exoneração, mas já não reconhecesse esse direito em casos, por exemplo, de fusão ou de cisão de sociedades. Estas situações são (potencialmente) muito mais “violentas” para a situação do sócio e seria estranho tratá-las de forma desigual, dispensando-lhes uma tutela menor”.

Apesar de esta ser uma opção comum em sede de direito comparado, esses sistemas, por norma atribuem a possibilidade de exoneração aos sócios dissidentes num alargado leque de situações, o que não sucede com o direito português. Posto isto, por um argumento de ordem sistemática com o ordenamento português, não faria sentido a existência deste tipo de direito perante a introdução de uma cláusula compromissória.

Desta forma, não seria necessário que os sócios futuros manifestassem por escrito a sua decisão de se vincularem àquela cláusula, pois no momento em que entrassem na sociedade existiria uma assunção tácita de que se tinham decidido vincular aos estatutos sociais, mormente à sujeição a arbitragem.

§ Capítulo III – Vinculação de órgãos de administração e aspetos processuais

4. Vinculação dos órgãos sociais a cláusulas compromissórias

Em primeiro lugar, constando esta cláusula dos estatutos, poderíamos dizer que ficam desde logo vinculados todos os titulares de órgãos sociais, a partir do momento em que aceitam o cargo ou em que a cláusula passa a ser eficaz. Por outro lado, poder-se-ia dizer que estas cláusulas se mantêm válida após a cessação de funções, desde que o facto que dá origem a arbitragem tenha ocorrido em momento contemporâneo ou posterior à validade da cláusula compromissória¹⁴².

Nesta senda, a sujeição a arbitragem de litígios referentes a membros dos órgãos sociais já não coloca problemas quanto à questão da arbitrabilidade objetiva, uma vez que tal questão foi ultrapassada em através do critério da patrimonialidade.

O problema primordial que se coloca é de natureza contratual, relativamente aos estatutos da sociedade, e conseqüentemente da sua sujeição a arbitragem, uma vez que os membros dos órgãos sociais podem ser vistos como terceiros face ao contrato social. Por outro lado, mesmo a celebração de um qualquer contrato que estatuísse o recurso à arbitragem entre a sociedade e os órgãos sociais pecaria, no sentido em que não poderia determinar a arbitragem de tais litígios, visto os sócios não serem parte dessa convenção.

De facto, fazendo um juízo apriorístico, seria duvidoso que se pudesse afirmar que membros de órgãos sociais, que não sendo sócios, fiquem vinculados por cláusulas compromissórias inseridas num contrato de sociedade, uma vez que aqueles, ao contrário dos sócios, não subscreveram o conteúdo de tais cláusulas.

Ora o consentimento a ficar vinculado por parte dos sócios, é dado quando ingressam na sociedade mediante aquisição, direta ou indireta da posição social de um outorgante do contrato de sociedade inicial no qual constava tal cláusula. Desta forma, poder-se-ia dizer que um membro integrante de um órgão social, que não seja sócio da

142 *Cfr.* Ana Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 472-473.

sociedade, não adquiriu para esse efeito uma sujeição de seguir para a via arbitral, caso resulte um litígio das suas relações intra-societárias.

Contudo, poder-se-á argumentar que a aceitação do cargo para o qual são designados os titulares dos órgãos sociais, os obriga a observar e fazer cumprir o disposto nos estatutos da sociedade, o que implica que também se vinculem ao disposto numa cláusula compromissória deles constante. Neste sentido, com a aceitação do cargo, os titulares de órgãos sociais ficam vinculados a prosseguirem o disposto nos estatutos da sociedade, e conseqüentemente, que vejam os litígios em que se vejam alheados a seguir para a via arbitral. Veja-se que foi esta a solução preconizada pelo número 4 do artigo 2.º do anteprojeto legislativo da APA, onde se propunha de que “*todos os sócios e titulares de órgãos sociais, incluindo aqueles em que tal qualidade seja objeto de litígio, estão vinculados pela cláusula compromissória constante dos estatutos da Sociedade a partir do momento em que esta se torna eficaz*”, pelo que existiria uma vinculação dos membros dos órgãos sociais à cláusula compromissória mediante aceitação do cargo.

Contudo, são indubitáveis as fragilidades que podem ser apontadas a esta linha de argumentação. Desta forma, podemos desde logo apontar como entrave a natureza contratual patente nos estatutos da sociedade, nos quais os órgãos sociais não fazem parte, pelo que seria difícil apontar que tais sujeitos estariam vinculados à arbitragem.

Neste sentido, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO aponta que a melhor forma de dissipar quaisquer tipos de dúvidas quanto à sua vinculação passará por fazer constar expressamente da cláusula compromissória uma disposição que indique que a aceitação dos cargos pelos titulares dos órgãos sociais valha como consentimento para a via arbitral. Contudo, o autor é ainda mais exaustivo, e propõem que aquele que for designado para um órgão social deva subscrever um termo de adesão ao conteúdo da cláusula compromissória¹⁴³, devendo igualmente os estatutos exigirem a forma escrita para a aceitação dos respetivos cargos nos órgãos sociais, dada a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem contida no artigo 2.º da LAV¹⁴⁴.

No mesmo sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS enuncia que relativamente a administradores, gerentes, ou qualquer outro órgão social que conste da

143 Cfr. Antonio Sampaio Carmelo, Arbitragem de Litígios..., *ob. cit.*, p. 15. No mesmo sentido: Pedro Maia, Arbitragem Societária... *ob. cit.* p. 61, o qual refere que deverá “inscrever-se no contrato celebrado com o administrador ou gerente, a adesão à arbitragem prevista nos estatutos”.

144 No mesmo sentido *Vide* Ana Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 472-473.

convenção de arbitragem que os litígios entre eles e a sociedade ou entre eles e os sócios serão resolvidos através do recurso à arbitragem, ficarão estes órgãos vinculados desde que a convenção de arbitragem constitua uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral registado¹⁴⁵

Neste sentido, no momento de aceitação do cargo, deverá existir uma adesão singular e individual à cláusula compromissória, da qual resulte inequivocamente, que o titular do órgão social se pretende sujeitar voluntariamente à arbitragem em caso de litígio, não devendo tal sujeição resultar simplesmente da aceitação do cargo¹⁴⁶.

Sem querermos ser exaustivos, veja-se que no anteprojeto do Regime da Arbitragem Societária ficaram consagradas possíveis situações relativamente à aplicação destas cláusulas a órgãos sociais. Assim, em primeiro lugar, ficariam consagrados os litígios entre os sócios/sociedade com os titulares de órgãos sociais. Aqui, deveriam ser incluídos todos os litígios decorrentes de responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade (artigo 72.º do CSC) e perante os sócios (artigo 79.º do CSC). Tal como indica ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, nesta primeira situação devem ser levadas em consideração as ações sociais *ut singuli* (artigo 77.º do CSC, que corresponde às proposições de ações pelos sócios minoritários) e não as ações universais do artigo 75.º do CSC.

Por outro lado, ficaram consagradas as ações de impugnação pelos sócios ou por titulares de órgãos sociais de deliberações de órgãos sociais¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

Por outro, ainda quanto ao comentário da APA ao ofício n.º 5g4 do Chefe de Gabinete da Exma. Senhora Secretária de Estado da Justiça, relativamente ao âmbito subjetivo do caso julgado, esta deverá “*ser equivalente ao de uma decisão proferida em idêntico processo em tribunal estadual*”, pelo que à partida isto significaria de que iria abranger “*todos os sócios e membros de corpos sociais, mesmo que não tenham sido partes no processo (é assim, desde logo, nas ações a respeito da validade de deliberações sociais e de responsabilidade de titulares de corpos sociais)*”, os comentários desta entidade prosseguem, afirmando de que “*este âmbito subjetivo decorre diretamente dos*

145 Cfr. Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem... *ob. cit.*, p.122.

146 Cfr. Paulo de Tarso Domingues, *ob. cit.*, p. 250.

147 Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.* p. 471.

148 Estas são arbitráveis na medida em que o critério agora adotado é o da patrimonialidade. Na medida em que estas ações serão contra a sociedade, são sempre consideradas como tendo um desiderato patrimonial.

estatutos (onde a cláusula compromissória se há de inscrever), podendo atingir, à partida, todos os sujeitos que se encontram vinculados pelos estatutos (desde logo, sócios e membros de corpos sociais)”.

Não obstante tudo o que até aqui se deu nota, podemos distinguir dois tipos de relações entre os órgãos sociais e a sociedade: uma relação laboral e uma relação institucional.

Desta forma, relativamente ao laço institucional, esta representa os direitos e deveres dos órgãos, bem como os poderes para administrar e representar a sociedade (*Vertretungsmacht*). Por outro lado, o vínculo laboral representa o salário dos órgãos, o escopo dos seus deveres perante a sociedade e a terminação desta relação.

Assim, cabe distinguir se a disputa se ocasiona face a uma relação institucional ou laboral. Uma cláusula de arbitragem presente nos estatutos de uma sociedade não vai cobrir as relações que se relacionem com seu vínculo laboral, uma vez que esta disputa não tem que ver com as relações entre a sociedade e os órgãos enquanto tal. Nesta medida, para que as relações laborais fiquem sujeitas a arbitragem, deverá existir uma cláusula que assim o indique no contrato de trabalho, ou em alternativa, existir uma cláusula compromissória de arbitragem separada num outro contrato.

No ordenamento alemão, para que a arbitragem deste tipo de litígios seja sujeita a arbitragem, fiar-se-á sempre refém do conceito de interesse económico presente no §1030¹⁴⁹(1) do ZPO. Assim, apesar do §101(3) do *Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG) enunciar que o ZPO não se aplica em matéria laboral, o próprio §5(1) do ArbGG estipula que os representantes de uma sociedade não são considerados colaboradores à luz do ArbGG pelo que o ZPO não perde a sua aplicação. Quanto à arbitragem relacionada a disposas dos órgãos enquanto tal perante a sociedade, parece não existir dúvidas que esses litígios podem ser sujeitos a arbitragem¹⁵⁰.

Veja-se que no ordenamento brasileiro, perante administradores com vínculo estatutários, se poderia tomar mão da teoria organicista, pelo que, uma vez que os administradores são órgãos da sociedade, ficariam vinculados às cláusulas de arbitragem

149 O parágrafo § 1030, trata da arbitrabilidade do litígio (*Schiedsfähigkeit*), representando o critério a adotar para que um litígio seja passível de se revolver por via arbitral; assim, regra geral, aplica-se o critério da patrimonialidade (*Vermögensrechtliche*), e subsidiariamente o critério da transação (*Vergleich*); critérios estes, que tal como já demos nota, foram os adotados para o atual regime de arbitragem português (Cfr. Maxwell Silva Lapa, *ob. cit.*, p. 83).

150 Cfr. Christian Duve, *ob. cit.*, 996-999.

que existissem nos estatutos sociais, salvo se o contrário resultasse dessa mesma cláusula¹⁵¹.

Por outro lado, se o vínculo dos administradores for laboral, os litígios que envolvam tais administradores devem estar objetivamente previstos no âmbito da convenção de arbitragem societária, pelo que em caso contrário, não poderão ser sujeitos a arbitragem¹⁵².

Por outro lado, na opinião de MODESTO CARVALHOSA os órgãos sociais não se vinculam à cláusula compromissória presente nos estatutos, uma vez que esta apenas terá o alcance de vincular a sociedade e os acionistas¹⁵³.

Tal entendimento é perfilhado uma vez que a disposição presente Lei das Sociedades Anônimas estabelece expressamente de que a deposição vincula os sócios e a sociedade, sem fazer menção aos membros de órgãos sociais.

Contudo, poder-se-á criticar tal posição, na medida em que nada impede que, com base no princípio *favor arbitratis*, a própria sociedade estabeleça nos seus estatutos que o litígio com membros de órgãos sociais seja sujeito a arbitragem¹⁵⁴. Assim, se este tipo de cláusula constar dos estatutos da sociedade no sentido de vincular estes órgãos, não subsistem dúvidas que estes tipos de litígios serão sujeitos à via arbitral, contudo, se não existir tal menção expressa, não existirá esta obrigatoriedade¹⁵⁵.

Perante aquilo que anteriormente ficou explanado relativamente à inclusão do artigo 136.º-A na Lei das Sociedades por Ações, dúvidas não restam de que os administradores que concomitantemente sejam acionistas se encontram vinculados à cláusula compromissória estatutária. Contudo, dúvidas surgem quando estes não são acionistas, uma vez que estes não foram parte signatária da cláusula arbitral. Relativamente aos administradores não acionistas, prevalece o entendimento de que estes não ficam abrangidos pela cláusula compromissória e que tal só poderá levantar questões

151 Cfr. Diego Franzoni, *ob. cit.*, p. 14.

152 Cfr. Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, p. 43

153 Cfr. Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*, Vol II, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 319.

154 Cfr. Nelson Eizirik, *A Lei das S.A. comentada*, Volume 2. 2.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 287, *apud* Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, p. 61.

155 Cfr. Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Extensão...*, *ob. cit.*, p. 149, *apud* Andressa Batista Góes, *ob. cit.*, p. 62.

se estes aderirem a tal instrumento em separado, levando assim a uma extensão da convenção de arbitragem.

Neste sentido, para VON ADAMEK, litígios com administradores ou integrantes do conselho de administração apenas poderiam ser suscetíveis a arbitragem se tal fosse pactuado em separado, e não por força da disposição estatutária. Para o autor, nem na hipótese de o acionista ser concomitantemente administrador, estaria vinculado à cláusula compromissória se o objeto do litígio envolvesse relações enquanto administrador para com os acionistas.

Para o autor tal posição retira-se do facto de a regra presente na Lei das Sociedades Anônimas ser subjetivamente limitada, *i. e.*, não existe disposição legal expressa e específica estendendo os efeitos da cláusula arbitral estatutária aos administradores, pelo que estes não seriam alcançados pela cláusula arbitral. Desta forma, por maioria de razão, o administrador não acionista, não se poderia considerar vinculado. Contudo, nada impede que por convenção, fique instituída a via arbitral entre administradores e a sociedade, através de uma cláusula compromissória não estatutária ou compromisso arbitral, mas não por efeito de disposição estatutária¹⁵⁶. Para este "*além dos deveres expressos, há os deveres implícitos (como os de cumprir os estatutos e as deliberações válidas da assembleia geral e do conselho de administração), dedutíveis de normas gerais ou mesmo de princípios societários*". Desta forma, nunca poderia o administrador invocar o seu desconhecimento à cerca destas cláusulas que constam nos estatutos sociais.

Contudo, é indubitável que a lei não faz referência aos administradores. Desta forma MODESTO CARVALHOSA concluía de que os administradores da sociedade que não são parte na cláusula compromissória estatutária, obrigaria apenas a sociedade e àqueles acionistas que a instituíram ou a ela aderiram. Desta forma, se existisse um qualquer litígio entre a Sociedade e os seus administradores, não haveria lugar à aplicação da cláusula compromissória, uma vez que não existia um dever de seguir esta via por parte dos administradores¹⁵⁷.

156 *Cfr.* Marcelo Vieira Von Adamek, Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 429.

157 *Cfr.* Modesto Carvalhosa, Comentário à Lei..., 2011, *ob. cit.*... p. 367.

Não obstante, argumentos existem no sentido de que os administradores ficam sob o véu das cláusulas compromissórias estatutárias, mesmo que a elas não tenham expressamente consentido a sua vinculação.

Neste sentido, para RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, da mesma forma em que os acionistas aquando da sua entrada na sociedade tomaram conhecimento do teor dos estatutos sociais da sociedade, o mesmo raciocínio deveria se aplicado aos administradores, uma vez que seria impensável que para exercerem a sua função não conheçam todos os aspetos que regulam os estatutos da sociedade¹⁵⁸. Veja-se que o próprio artigo 158.º da Lei n.º 6.404/1976 contempla, expressamente as hipóteses de responsabilidade do administrador, quando este proceder em violação da lei ou dos estatutos. Ora se aceitam exercer tais funções, por maioria de razão aceitam o estatuto social nos seus termos, nem que seja porque deverão cumprir as suas disposições. Contudo, o autor sustenta que, uma vez existindo cláusula compromissória estatutária expressa, indicando que eventuais conflitos envolvendo administradores e/ou acionistas serão dirimidos via procedimento arbitral (a previsão expressa é imprescindível, na medida em que não se pode supor que o administrador esteja sujeito à cláusula que diga respeito exclusivamente aos acionistas e à companhia), a vinculação dos administradores ficaria consagrada.

Por outro lado, tal como esclarece MEYER, na medida em que devem os administradores seguir as cláusulas estatutárias, isto implicaria a sua vinculação à cláusula compromissória estatutária, face dever de obediência aos estatutos decorrer da lei (artigos 153.º a 156.º da Lei das Sociedades Anónimas), pelo que a simples aceitação do cargo para o qual foi eleito implicaria, necessariamente, a aceitação do administrador sujeitar o litígio a arbitragem. Entendimento diferente significaria que seria permitido ao administrador contrariar os estatutos e, conseqüentemente, a própria Lei das Sociedades Anónimas¹⁵⁹.

Numa posição moderada, JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI enuncia que à partida os administradores não ficam automaticamente vinculados a cláusulas compromissórias

158 *Cfr.* Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Extensão... ob. cit.*, p. 149.

159 *Cfr.* António Correa Meyer e Eliane Cristina Carvalho, *Cláusula Compromissória e o administrador das sociedades anónimas, Advogado*, Ano XXXIII, n.º 119, São Paulo: AASP, 2013, pp. 31-33.

estatutárias, pode não serem parte do contrato plurilateral que deu origem à sociedade. Contudo, anui na possibilidade de a permanência voluntária do administrador constituir um ato de concordância tácita quanto às cláusulas estatutárias, nas quais se insere esta cláusula de arbitragem¹⁶⁰.

No ordenamento alemão é expressamente reconhecida a possibilidade de a sociedade celebrar uma convenção de arbitragem na aceção do artigo 1029 do ZPO com o respetivo membro da administração juntamente com o contrato de trabalho. Todavia, é também possível que esta convenção surja apenas numa data posterior. Veja-se que segundo o §101 (3) da ArbGG, apesar de os procedimentos de arbitragem na área das questões laborais pertencerem à jurisdição dos tribunais do trabalho, não são considerados trabalhadores os membros de órgão de administração.

Por outro lado, nos termos do §13 do BGB, a forma como deverá ser observada um acordo de arbitragem com órgãos de administração, deverá ser a forma escrita nos termos do § 1031 (5) ZPO. Assim, a convenção de arbitragem deve constar de um documento assinado pessoalmente pelas partes, devendo constar de um qualquer registo notarial (§ 1031 (5) do ZPO).

Uma vantagem de uma cláusula de arbitragem contida nos estatutos seria que, se fosse válida, haveria uma abordagem uniforme para os membros de um órgão e que decisões divergentes poderiam ser evitadas.

Veja-se que poder-se-á argumentar que dos estatutos de uma AG ou de uma GmbH, não se poderá inserir uma cláusula de arbitragem para com órgãos do conselho de administração, porque não são assinados por estes e, portanto, obsta o requisito formal do § 1031 (5) do ZPO. De facto, uma vez que os membros dos órgãos executivos não fazem parte dos estatutos e não se submeteram à convenção de arbitragem aí contida através de uma declaração legal é, à primeira vista, uma razão para a nulidade de uma cláusula de arbitragem em relação aos membros dos órgãos de administração. Desta forma, face à reivindicação da garantia judicial que consta no artigo 101 da Constituição alemã, apenas a pessoa que esteve envolvida na celebração de uma convenção de arbitragem se poderá vincular a esta.

¹⁶⁰ Cfr. José Virgílio Lopes Enei, A arbitragem nas sociedades anónimas. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro, São Paulo, ano XLII, n.º 129, São Paulo: USP, 2005, pp.136-173.

A opinião predominante é que uma cláusula de arbitragem estatutária não é uma convenção de arbitragem na aceção do § 1029 ZPO, pelo que uma das consequências será a de que a forma prescrita no § 1031 ZPO não tem de ser observada, mas sim uma disposição equivalente à que é prescrita na aceção do § 1066 ZPO. Desta forma, uma cláusula que conste dos estatutos sociais vincular automaticamente um sócio enquanto sucessor da participação ou por ter aderido originalmente, uma vez que o novo acionista submete-se aos estatutos e à arbitragem por eles prescrita. No que diz respeito a litígios ao abrigo do direito das sociedades, a empresa está vinculada pela cláusula compromissória contida nos estatutos, mesmo que ela própria não tenha participado na celebração da convenção de arbitragem como entidade jurídica, em virtude da lei.

Um argumento semelhante poderá ser apresentado para os órgãos da sociedade. Estes estão vinculados pelas disposições dos Estatutos devido à sua posição enquanto órgãos. Quando a nomeação do órgão entra em vigor através da declaração de consentimento do órgão, o órgão é então sujeito a uma cláusula de arbitragem existente nos estatutos, desde que a redação da cláusula abranja as que os órgãos de administração a ela ficarão vinculados.

O âmbito de uma cláusula de arbitragem nos estatutos também não se opõe à cobertura de pedidos de indemnização contra membros de órgãos de administração. Veja-se que a arbitragem nos termos do § 1066 ZPO só pode ser ordenada para disputas sobre relações jurídicas que estejam previstas nos estatutos. Neste sentido, os pedidos de indemnização pela sociedade contra um órgão social têm a sua razão de ser em virtude da sua nomeação, uma vez que devem exercer a diligência de um gestor prudente e ordenado. Os pedidos de indemnização contra um membro de um órgão social estão, portanto, enraizados numa obrigação estatutária. Algo diferente se aplica às reclamações da empresa contra um membro de um órgão social que resultem do contrato de trabalho ou outro acordo ao abrigo da lei.

Contudo, será questionável a sua vinculação, se a cláusula compromissória for introduzida através da alteração dos estatutos após a nomeação do membro da direção. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça, um membro de um órgão social, nesta situação, não estará sujeito a arbitragem se uma cláusula de arbitragem for inserida nos estatutos após a sua adesão por maioria de votos sem o seu consentimento. Isto acontece uma vez que aconteceria uma renúncia aos tribunais estatais. Desta forma,

o membro do órgão em causa tem a possibilidade de se eximir à submissão à arbitragem, demitindo-se do cargo. No entanto, tal passo pode ter graves consequências económicas. Se a possibilidade de renunciar ao cargo substituiria a natureza voluntária da ação teria, portanto, de ser decidida com base nas circunstâncias do caso individual. Não obstante, se a cláusula de arbitragem só for introduzida após a demissão do organismo, não pode cobrir reclamações contra o membro demissionário *a fortiori*.

Em suma, a introdução de tal cláusula só é vinculativa para órgãos sociais depois de a cláusula ter entrado em vigor¹⁶¹.

5. Vinculação da própria sociedade a cláusulas compromissórias

Neste cenário, uma vez que os estatutos regulam e modelam a vida societária, considerar que a própria sociedade ficaria fora do alcance de uma convenção de arbitragem não faria sentido. Todavia, como observa ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, o facto de existir uma cláusula de arbitragem não significa por si só que a sociedade fica vinculada, sendo necessário olhar para a redação da cláusula. Neste sentido, por questões de segurança, deverá a própria cláusula fazer menção que a cláusula se aplica vincula a sociedade, para que fique salvaguardada tal situação¹⁶².

6. Eficácia do Caso Julgado

Neste sentido, veja-se que segundo o número 7 do artigo 42.º da LAV “*a sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual*”. Desta forma, é indubitável como a sentença proferido numa

161 *Cfr.* Elke Umbeck, *Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren*, Hamburg: SchiedsVZ 2009, pp.143-149.

162 *Cfr.* António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de Litígios...*, *ob. cit.* p. 14.

arbitragem irá produzir os mesmos efeitos jurídicos que uma sentença dada por um tribunal jurisdicional, em que o trânsito em julgado da decisão final se contará a partir do momento em que a sentença seja insuscetível de ser modificada ou objeto de recurso, nos termos do artigo que acima se deu nota.

Todavia, poder-se-ão levantar questões relativamente à produção de feitos que a sentença irá desencadear em relação aos terceiros à arbitragem, que se encontrem vinculados através da convenção de arbitragem que não tenham intervindo no processo.

Assim, teremos de atentar de que poderá existir intervenção no litígio quer de forma voluntária, quer por intervenção provocada, que tanto poderá ser a título principal ou acessório. Contudo, é de notar que esta será uma dúvida que apenas ocorrerá relativamente à intervenção provocada, uma vez que na intervenção espontânea com a adesão autónoma ao processo arbitral, ficará este terceiro interveniente automaticamente sujeito ao caso julgado. Assim, na medida em que poderão os terceiros intervir no processo, pelo que a tónica da discussão se coloca em saber se o terceiro que recusou a intervenção, ficará ou não vinculado perante o caso julgado.

Para JOSÉ LEBRE DE FREITAS, poderá existir extensão do caso julgado aos terceiros, desde que estes sejam citados pela parte que requereu a intervenção¹⁶³. Neste contexto, MARIANA FRANÇA GOUVEIA refere de que apesar de poder ser mais confortável para os árbitros, nada parece indicar que essa intervenção tenha que ser feita pelo requerente; o que será necessário é que o interveniente venha a ter conhecimento da sua chamada e, conseqüentemente, da existência do processo¹⁶⁴. Por outro lado, acompanhamos a tese sufragada pela mesma autora, no sentido de que a partir do momento em que o terceiro é chamado à ação, tendo possibilidade de se defender e recusa, deverá ficar vinculado pelo caso julgado¹⁶⁵.

Posição diferente é defendida por MANUEL PEREIRA BARROCAS, na qual o autor sustenta que só deverão ficar vinculados os sócios que participaram no processo arbitral, cingindo-se apenas às partes envolvidas o caso julgado¹⁶⁶.

163 *Cfr.* José Lebre de Freitas, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2010, pp.184-185.

164 *Cfr.* Mariana França Gouveia, *Resolução alternativa de Litígios...*, *ob. cit.*, pp. 274.

165 *Cfr.* Mariana França Gouveia, *Resolução alternativa de Litígios...*, *ob. cit.*, pp. 275.

166 *Cfr.* Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem...* *ob. cit.*, p. 115.

Para ANA FRAGA DE SÁ, o artigo 61.º do CSC é perentório ao afirmar relativamente à eficácia do caso julgado de que “*A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção*”, pelo que não faria sentido de que seja aceite que uma deliberação que seja anulada ou declarada nula tenha efeitos relativamente às partes da acção, continuando válida quanto a todos aqueles (incluído sócios) que não estavam no litígio¹⁶⁷.

Contudo, somos da opinião de que bastará que todos os sócios e órgãos da sociedade estejam vinculadas à cláusula de arbitragem, que prescreva a sujeição ao litígio em questão, para que uma decisão preferida em arbitragem vincule todas estas entidades à luz do artigo 61.º do CSC.

No entanto, para que se possa aplicar esta norma, alguns pressupostos dever-se-ão ter por verificados. Neste sentido, deverá ser dada publicidade ao processo, de forma a que os terceiros possam intervir, numa ótica de assegurar a todos aqueles que ficarão afetados pela decisão arbitral, os mesmos meios de defesa que lhes são proporcionados no processo jurisdicional, pelo que mais uma vez se chama à colação a possibilidade de registo comercial, que se encontra regulada no número 1 do artigo 3.º do anteprojeto da APA¹⁶⁸⁻¹⁶⁹.

Por outro lado, teremos de ter sempre em conta os limites consagrados no número 2 do artigo 61.º do CSC, na medida em que devem ser salvaguardados os direitos dos terceiros de boa-fé que “*constituem um dever e um limite comuns tanto nas sentenças judiciais, como arbitrais*”¹⁷⁰.

Contudo, veja-se que mais uma vez, a proposta da APA passava por fazer com que a decisão do tribunal arbitral fosse eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos sociais, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção (número 1 do artigo 8.º do anteprojeto da APA).

167 Cfr. Ana Maria Fraga de Sá, *ob. cit.*, p. 65.

168 “*Estão sujeitos a registo comercial todos os processos arbitrais abrangidos pelo presente diploma e as decisões finais neles proferidos*”.

169 Cfr. Ana Maria Fraga de Sá, *ob. cit.*, p. 67.

170 Cfr. Joana Galvão Teles, A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, *in* Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem, Coimbra: Almedina, 2011, p. 102; *apud* Ana Maria Fraga de Sá, *ob. cit.*, p. 67.

Veja-se mesmo que no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-03-2015, se consagra que “a cláusula compromissória constante dum contrato vale entre os outorgantes que subscreveram o acordo (art. 406º do Cód. Civil); Sem prejuízo, é de admitir a extensão da eficácia dessa cláusula a um terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral”¹⁷¹.

Mas veja-se agora na situação em que um dos sócios intenta uma ação arbitral de anulação de uma deliberação, mas em que um outro sócio, que votou contra a introdução da cláusula segue para a via judicial para anulação dessa mesma deliberação. Ora em princípio, este sócio discordante, deverá ficar abrangido pela cláusula compromissória e se teve possibilidades de intervir no processo e nada fez, mais uma vez, concretizam-se os pressupostos da sua vinculação e da extensão do caso julgado.

171 Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-03-2015 (ISABEL FONSECA), processo n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, disponível em www.dgsi.pt.

Conclusões

Com a mudança de paradigma no ordenamento português que envolveu a entrada em vigor da atual LAV, foi alterado o critério da arbitrabilidade, passando a ser arbitrável qualquer litígio que diga respeito a conteúdos patrimoniais transacionáveis. Desta forma, ficou patente perante a Doutrina em Portugal, de que estaremos perante um interesse patrimonial, sempre que em causa estejam litígios societários, pelo que, perante o princípio do *favor arbitrandum*, via de regra, poderão ser arbitráveis todos os litígios que resultem das relações intra-societárias.

Por outro lado, parece ser claro que existe a possibilidade de qualquer tipo de Sociedade Comercial poder ser suscetível de arbitragem societária, na medida em que parecem não existir impedimentos legais em contrário. Não obstante, atente-se de que com o facto de as sociedades comerciais adquirirem personalidade jurídica a partir da inscrição definitiva no registo, estas passarão a ser suscetíveis de ser parte na generalidade das ações societárias a partir desse momento. Perante isto, dúvidas não subsistem quanto à vinculação da Sociedade a uma cláusula que conste dos seus estatutos, na medida em que os próprios estatutos societários regulam e modelam a vida societária, pelo que a própria Sociedade se verá vinculada a estes, a não ser que da própria cláusula resulte o contrário.

Relativamente às sociedades abertas, mesmo que se aponte que a admissão destas cláusulas irá contundir contra a posição de uma maioria dispersa de acionistas, que não tenham tomado diligências de investigação relativamente aos conteúdos dos estatutos da sociedade e que se poderão encontrar numa situação de desequilíbrio face à contraparte do litígio, que por norma será grupo acionista de controlo, estes argumentos são facilmente rebatíveis. Em primeiro lugar, porque será um ónus do investidor em se acautelar sobre as ações que visa adquirir; por outro lado, a inclusão deste tipo de cláusulas não afeta nem diminui os direitos dos sócios, sendo que a única consequência que poderá advir, será de os litígios deverem ser submetidos à jurisdição arbitral, em vez da jurisdição estadual. Contudo, na medida em que a lei equipara a jurisdição arbitral à estadual, este será um não problema. Desta forma, deve o futuro sócio indagar se estatutos se encontrem registados na conservatória do registo comercial, de forma a compreender

se existe ou não alguma cláusula compromissória antes de optar por adquirir participações sociais.

Relativamente aos sócios futuros, apesar de se poder argumentar de que lhes faltaria uma manifestação inequívoca de vontade à sujeição aos mesmos, teremos de refutar tal tese. Ora se esta cláusula de arbitragem faz parte dos estatutos aquando no seu ingresso da sociedade, o acionista ao integrar a sociedade, conforma-se com tal sujeição.

Contudo, na medida em que essas ações sejam adquiridas por negócio *inter vivos*, com a alienação da participação, serão cedidos todos os direitos e deveres sobre a mesma, pelo que à luz dos mecanismos civis de cessação da posição contratual, se nenhuma das partes se manifestar contra tal cessão, se deverão ter os sócios futuros vinculados. Veja-se que a adesão a este tipo de cláusulas se poderá fazer tacitamente, pelo que bastaria a mera entrada na sociedade, para que o sócio se encontrasse vinculado.

Não obstante, veja-se que com a opção desta cláusula ser estatutária, será possível aos investidores que tenham uma adequada e suficiente informação sobre a aplicação da via arbitral para conformarem a sua decisão. Por outro lado, caso as cláusulas não constem expressamente dos estatutos sociais, terão efeitos meramente obrigacionais, vinculando apenas os sócios que façam parte desse acordo. Relativamente a sócios futuros, estes só ficarão vinculados se aderirem a essa convenção.

Esta parece também ser a posição adotada pela APA no seu anteprojeto na medida em que consagravam de que *“a decisão do tribunal arbitral é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos sociais, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na ação”*.

Não obstante, continuam a existir dúvidas, mesmo perante a redação da nova LAV, quanto à sujeição de qualquer tipo de litígio intra-societário a arbitragem. Neste sentido, veja-se o caso da vinculação dos sócios futuros ou relativamente à introdução de uma cláusula compromissória após a criação da sociedade, relativamente a sócios dissidentes.

No nosso ordenamento, a regra aplicável é o da deliberação por maioria, pelo que, à partida, em falta de norma relativamente a este tema, o quórum das deliberações a ser aplicado em caso de se inserir uma cláusula compromissória deveria ser o da maioria exigida para alterações estatutárias, pelo quem votasse de vencido, ficaria de qualquer forma vinculado, sem direito de exoneração. Todavia, vejamos se de facto é assim. Em

boa verdade, apesar de esta solução potenciar uma maior adoção a este tipo de cláusulas, numa realidade como são as sociedades de capitais, onde a regra é princípio da maioria, o sócio que adquiriu participações aderiu a tal princípio, pelo que obrigar a que deliberação fosse por unanimidade poderia levar a situações de bloqueio societário que se revelassem incompatíveis face à verdadeira realidade societária. A possível solução que passasse pela exoneração dos sócios dissidentes poderia levar a que sócios tomassem mão de comportamentos oportunistas com o único intuito de bloquearem a introdução da via arbitral para que com isso verem a sociedade adquirir a sua participação, o que poderia colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade. Não obstante, o sócio que se manifeste contra a introdução desta cláusula terá sempre a possibilidade de alienar a sua participação.

Assim, se quanto ao direito de acesso aos tribunais estaduais se estiver perante um direito de matriz especial, faz sentido de que seja exigida um voto por unanimidade. Contudo, se for aceite o princípio da maioria, significa isto que não estamos perante um direito especial, mas comum. Desta forma, se em causa estiver a modificação de aspetos processuais do exercício dos direitos sociais gerais, estaria subtraída à necessidade de consentimento dos sujeitos visados, como mera decorrência do princípio maioritário nas sociedades. Contudo, parece-nos que em causa está um direito geral, pelo que apenas na consagração de direito especiais de «processuais», de ação judicial, seria necessário o consentimento dos seus titulares, para que pudesse ser inserida uma cláusula compromissória de arbitragem.

Como já se disse em relação ao direito de exoneração, apesar de esta não ser um mecanismo com grande preponderância no ordenamento português, sendo que o próprio legislador não atribui um direito legal de exoneração aos sócios nestes casos, poderão, em princípio, as próprias partes inscrever nos estatutos esse direito de exoneração: um direito de origem estatutária e não legal. Uma vez que este regime já decorre para a Sociedades por Quotas do (número 1 do artigo 240.º do CSC), sugerimos que tal entendimento seja aplicado analogicamente às Sociedades Anónimas. Assim, dado o silêncio da lei, a ausência de direito de exoneração funcionaria como regime, apenas, supletivo, permitindo-se expressamente que as sociedades possam dispor diversamente nos seus estatutos. Contudo, é de salientar, que o sócio dissidente teria sempre a possibilidade de alienar as suas participações, pelo que quanto a esta questão, será sempre

necessário ponderar os interesses societários em concordância com os interesses dos sócios.

Já quanto à aplicação destas cláusulas a órgãos sociais, o problema que se vislumbra será o facto de estes poderem ser considerados terceiros relativamente ao contrato social. Se dúvidas não se colocam quanto a uma cláusula expressa que vincule estes órgãos, dúvidas levantam-se se nada for dito.

Contudo, apesar de argumentável que o consentimento a ficarem vinculados é dado no momento em que ingressam na sociedade mediante aquisição, direta ou indireta da posição social de um outorgante do contrato de sociedade inicial no qual constava tal cláusula; e com a aceitação do cargo, estes deverão observar e fazer cumprir o disposto nos estatutos da sociedade o que consequentemente levaria que também estes se vinculassem ao disposto numa cláusula compromissória, temos aqui uma posição divergente.

Estes argumentos, ainda que lógicos, são frágeis perante a natureza contratual patente nos estatutos da sociedade, pelo que, se estes órgãos não aderirem (admitindo-se que o possam fazer tacitamente), não se encontrarão vinculados a cláusulas compromissórias que constem dos estatutos sociais. Desta forma, para dirimir qualquer tipo de problemas quanto à sua aplicação, a cláusula a ser inserida nos estatutos deve ser ampla o suficiente e dizer expressamente que também se aplicará a litígios com órgãos sociais, e estes, deverão subscrever um termo de adesão ao conteúdo da cláusula compromissória.

Não obstante, com a existência de uma cláusula como esta, não existe uma obrigatoriedade de as partes seguirem para a arbitragem. Contudo, passará a existir um direito potestativo de se seguir tal via, sendo que após o seu acionamento, todos aqueles que se encontram subordinados à cláusula arbitral se encontram vinculados às decisões proferidas pelo tribunal.

Por fim, relativamente aos efeitos da sentença arbitral, na medida em que esta produz os mesmos efeitos jurídicos que uma sentença proferida por um tribunal jurisdicional, cabe saber o seu âmbito de aplicação. Desta forma, caso tenha existido a intervenção no litígio por parte de terceiros, em caso de intervenção autónoma este fica desde logo vinculado. Por outro lado, a partir do momento em que o terceiro é chamado

à ação, tendo possibilidade de se defender e recusa, deverá ficar vinculado pelo caso julgado.

No mesmo sentido, veja-se que à luz do artigo 61.º o caso julgado será eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na ação. Contudo, e tal como já seu deu nota, bastará que todos os sócios e órgãos da sociedade estejam vinculadas à cláusula de arbitragem, que prescreva a sujeição ao litígio em questão, para que uma decisão preferida em arbitragem vincule todas estas entidades à luz do artigo 61.º do CSC. Contudo, dever-se-ão ter por verificados determinados requisitos, de forma a assegurar que todos os que ficam vinculados à decisão arbitral tenham possibilidade de defesa. Assim, deverá ser dada publicidade ao processo, de forma a que os terceiros possam intervir, pelo que este deverá ser sujeito a registo comercial.

Não obstante, seguindo os critérios da doutrina Alemã da Arbitrabilidade II, para que uma decisão arbitral seja equiparada a uma decisão judicial, dever-se-ão ter por cumpridos os requisitos de Unanimidade; Notificação; Imparcialidade e; Concentração.

Contudo, face a tudo o que até aqui se expôs, será imperativo o surgimento de um regime que regule a arbitragem de âmbito societário, pois essa será a única maneira de reduzir potenciais conflitos e aumentar a segurança jurídica. Veja-se que o anteprojeto de Lei para a Arbitragem Societária proposto pela APA vai de encontro a este desiderato, na medida em que esclarecia relativamente à vinculação automática dos sócios atuais e futuros à cláusula compromissória que fosse prevista nos estatutos sociais, assim que ocorresse a aquisição de participações sociais, desde que, existisse publicidade dessa cláusula, através de registo da mesma. No mesmo sentido, resolveria a questão de vinculação da cláusula relativamente a membros dos órgãos sociais, na medida em que o anteprojeto expressava que estes ficariam vinculados à cláusula compromissória mediante a aceitação do cargo.

Referências Bibliográficas

ABREU, Manuel Coutinho de:

- Curso de Direito Comercial: Das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2007;
- Curso de Direito Comercial: Das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2016.

ABREU, Miguel Cancell de:

- Algumas reflexões sobre os processos híbridos Med/Arb e Arb/Med/ARb, *in* Estudos em Homenagem a Rui Pena, Coimbra: Almedina, 2019.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von:

- Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas, São Paulo: Saraiva, 2009

ALMEIDA, Carlos Ferreira:

- Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos, *in* I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Intervenções), Almedina, Coimbra, 2008.

ANDRADE, José Robin de:

- Balanço de um ano de vigência da nova Lei de Arbitragem Voluntária, *in* VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Coimbra: Almedina, 2014.

ANDRADE, Manuel:

- Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, Almedina: Coimbra, 1974.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho:

- Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Societário, Revista do Advogado, São Paulo: AASP. Vol. 33, n.º 119, 2013.

ASCENÇÃO, José de Oliveira:

- O Direito: Introdução e Teoria Geral, Coimbra: Almedina, 2005.

BARROCAS, Manuel Pereira:

- Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária, Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, ano 67, 2007, disponível para consulta em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-pereira-barrocas-contribuicao-para-a-reforma-da-lei-de-arbitragem-voluntaria/>;
- Manual de Arbitragem, Coimbra: Almedina, 2010.

BRAZ, Manuel Poirier:

- Sociedades Comerciais e Direitos Especiais, Coimbra: Almedina, 2010.

CAHALI, Francisco:

- Curso de Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARAMELO, António Sampaio:

- A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio, disponível para consulta em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitrabilidade-do-litigio/>;
- Arbitragem de Litígios Societários, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Coimbra: Almedina, 2011;
- Critério de Arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema, *in* IV Congresso do Centro de Arbitragem do Comércio e Indústria, Coimbra: Almedina, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto:

- Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHOSA, Modesto:

- Comentários à lei de Sociedades Anónimas, 2.º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- Comentários à Lei de Sociedades Anónimas, 2º volume: artigos 75 a 137. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto e Nelson Eizirik:

- A nova lei das S/A, São Paulo: Saraiva, 2002

COELHO, Eduardo Lucas:

- Exercícios vários acerca da presidência das assembleias de categorias de accionistas, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

CORDEIRO, António Menezes:

- Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coimbra: Almedina, 2009;
- Manual de Direito das Sociedades, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2007;
- Tratado da arbitragem em comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro, Coimbra: Almedina, 2015.

CORREIA, Luís Brito:

- Direito Comercial, Vol. II, Sociedades Comerciais, Lisboa: AAFDL, 2000.

CORREIA, Ricardo Serra:

- Os Direitos Especiais à Luz do CSC e do Direito da União Europeia – Algumas Reflexões, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, n.º 4, Lisboa, 2013.

CUNHA, Paulo Olavo:

- Os novos direitos especiais: as ações especiais; *in* II Congresso de Direito das Sociedades em Revista; Almedina: Coimbra, 2012;
- CUNHA, Paulo Olavo, Os direitos especiais nas sociedades anónimas: As ações privilegiadas; Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Cristiano:

- Os Direitos Especiais dos Sócios, Coimbra: Almedina, 2015.

DIAS, Rui Pereira:

- Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa), *in* II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra: Almedina, 2012;

- Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário, Revista internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Coimbra: Almedina, 2018.

DOMINGUES, Paulo de Tarso:

- A Arbitrabilidade dos Litígios Societários, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra: Almedina, 2016.

EIZIRIK, Nelson:

- A Lei das S.A. comentada, Vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- Cláusula compromissória estatutária - A arbitragem na companhia, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/145329/clusula-compromissoria-estatutaria-a-arbitragem-na-companhia>,

FLAKS, Luís Loria Flaks:

- A arbitragem na reforma da Lei das S/A, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XLII, Jul-Set, São Paulo: USP, 2003.

FILHO, António Moacir Furlan

- Cláusula Compromissória, Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, disponível para consulta em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RarbMed_n.49.11.PDF.

FRADA, Manuel Carneiro:

- Acordos parassociais «omnilaterais», Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2009.

FRANZONI, Diego:

- Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito Brasileiro, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano X, Coimbra: Almedina, 2017.

FREITAS, José Lebre de:

- Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral, *in* III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2010

FURTADO, Jorge Pinto:

- Curso de Direito das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2004.

GÓES, Andressa Batista,

- Arbitragem Societária numa perspetiva Luso-Brasileira, Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

GOUVEIA, Mariana França:

- Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Coimbra: Almedina, 2018;
- Mariana França, Nuno Garoupa, Pedro Magalhães, Jorge Morais Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira, Resolução alternativa de Litígios: Justiça Económica em Portugal, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

HILBIG, Katharina:

- chieidsvereinbarungen über GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 4. 2009, Az. II ZR 255/08 „Schiedsfähigkeit II”-

JUSTO, António dos Santos:

- Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

KRUEGER, Juliana:

- Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 126, São Paulo: USP, 2002.

LABAREDA, João:

- Das ações das Sociedades Anónimas, Lisboa: AAFDL, 1988.

LAMANERES, Patrícia Paoliello:

- Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatutos sociais, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 38, São Paulo: CBAr, 2013.

LAPA, Maxwell Silva:

- O objeto da Convenção de Arbitragem como compromisso arbitral ou como cláusula compromissória, Dissertação de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2017.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira Lobo

- A cláusula compromissória estatutária, Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAIA, Pedro:

- Arbitragem societária: presente e prospectiva, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano X, Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINS, Alexandre Soveral:

- Alexandre Soveral Martins, Elisabete Ramos, Código das Sociedades Comerciais, Coimbra: Quarteto, 2001.

Martins, Pedro Batista:

- A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002;
- A cláusula compromissória societária, Revista internacional de arbitragem e conciliação, Coimbra: Almedina, 2017;
- Arbitragem no direito societário, São Paulo: Quartier Latin, 2012;
- Cláusula Arbitral Estatutária e sua Aprovação por voto Majoritário: Por que Resistir?, in Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MELO, Ana Rita Batista:

- Os direitos especiais dos sócios nos estatutos das sociedades por quotas, em especial o direito especial à gerência, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa 2016.

MENDES, Armindo Ribeiro:

- A Nova Lei de Arbitragem voluntária evolução ou continuidade?, disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/34822d3884/2012-02-23-conf-armindo-ribeiro-mendes.pdf> e em <http://www.oa.pt/upl/%7B49ead2f1-bced-4e9b-90b8-2acaac12e663%7D.pdf>.

MEYER, António Correa e Eliane Cristina Carvalho:

- Cláusula Compromissória e o administrador das sociedades anónimas, Advogado, Ano XXXIII, n.º119, São paulo: AASP, 2013

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa:

- A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais, in: Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Raquel Cardoso:

- A Responsabilidade Civil do Presidente da Mesa da Assembleia Geral das Sociedades Anónimas; Dissertação de Mestrado, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa; 2013.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de:

- Brevíssima introdução à arbitragem societária, Revista de Direito Civil, ano IV, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2019.

OKAZAKI, Ana Caroline Noronha Gonçalves e Henrique Afonso Pipolo

- As Sociedades Anónimas e o procedimento arbitral, p. 14, disponível para consulta em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=56e2be5ee3f9b620>.

PINHEIRO, Luís de Lima:

- Arbitragem Transnacional, A determinação do estatuto da arbitragem, Coimbra: Almedina, 2005;

- Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais), disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/>.

Requião, Rubens Edmundo:

- Curso de Direito Comercial, 2.º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SÁ, Ana Maria Fraga de:

- A arbitragem no âmbito das Sociedades Comerciais, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito de Lisboa, 2018.

SANTOS, Tânia Vanessa Zarco de Oliveira dos:

- A Arbitrabilidade das Questões Societárias: a impugnação das deliberações sociais; Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, Universidade Nova de Lisboa, 2012.

SILVA, Paula Costa:

- Hot topics nas especificidades processuais da arbitragem societária: disponibilidade do direito de nomeação de árbitro e objetivação do contraditório, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Almedina: Lisboa, 2017.

SOUSA, Iñaki Paiva de:

- A Cláusula compromissória no Direito Português, Questões relevantes de um negócio jurídico processual autónomo, Mestrado Forense, Universidade Católica de Direito, Lisboa, 2011.

TRIUNFANTE, Armando Manuel:

- Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas: Direitos de Minoria Qualificada. Abuso de Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri Valério:

- Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do § 3º ao art. 109 da Lei n. 6.404/1976, pela Lei n. 10.303/2001, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 139, São Paulo: USP, 2005.

VENTURA, Raúl:

- Convenção de Arbitragem, Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, 1986;
- Direitos Especiais dos Sócios, O Direito, ano 121, tomo I, Coimbra: Almedina, 1989.

VICENTE, Dário Moura Vicente:

- Convenção de arbitragem: problemas atuais, O Direito, ano 147, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2015.

VILELA, Marcelo Gonçalves Vilela

- Arbitragem no Direito Societário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

UMBECK, Elke:

- Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren, Hamburg: SchiedsVZ 2009.

