

**RESUMO:** Neste breve estudo é feita uma análise de alguns problemas que se levantam na arbitragem de litígios societários. Procura-se sustentar que o correto enquadramento desses problemas na lei societária e a utilização de alguns dos instrumentos típicos de direito das sociedades encerram virtualidades a ter em consideração para a prática. Designadamente, sugere-se que a previsão estatutária de obrigações de prestações acessórias, de cláusulas de limitação à transmissibilidade das participações sociais ou a consagração estatutária de direitos especiais poderão, com limites e as cautelas devidas, servir os propósitos de «impor» ou de «evitar» a arbitragem societária.

**Abstract:** This paper deals with some questions raised by the arbitration of corporate-law disputes. It is submitted that a sound framing of such questions against the backdrop of corporate law, and a proper manoeuvring of its typical instruments, can deliver good solutions for corporate-law practitioners. By including in the corporate charter, namely, obligations of ancillary contributions by shareholders, clauses limiting the transferability of shareholdings, or special rights, these corporate tools can, from the standpoint of the corporate constituencies, prove efficient vis-à-vis the *enforcement* (or, quite the opposite, the *avoidance*) of arbitration.

RUI PEREIRA DIAS\*

## Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Em teoria: os problemas causados pela ausência de solução legal expressa sobre a *admissibilidade* e os *limites* da arbitragem societária. 3. Em teoria: a indispensável atendibilidade dos princípios fundamentais do direito das sociedades e a utilidade dos seus instrumentos típicos. 4. Na prática: como «impor» a arbitragem societária. 5. Na prática: como «evitar» a arbitragem societária. 6. Conclusão. 7. Proposta de artigo sobre arbitragem societária (Setembro de 2011).

0. É com muita honra e um enorme prazer que participo neste II Congresso da DSR, uma revista que, na minha parcial e interessada opinião (sou, para meu grande proveito, secretário da sua Redação), constitui um

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

excelente exemplo editorial e científico. Presto, pois, um público agradecimento e uma devida homenagem aos seus fundadores.<sup>1</sup>

1. Entrando sem delongas no tema, lembro as palavras de um especialista em arbitragem, que uma vez escreveu, a propósito de um problema relativo à resolução pela via arbitral de litígios societários: antes de invocar uma determinada teoria, «*deve ter-se em primeiro lugar uma boa compreensão dos princípios básicos do direito das sociedades, o que nem sempre é o caso*»<sup>2</sup>. Não poderia estar mais de acordo. Neste contexto, a arbitragem dos litígios de direito das sociedades, ou *arbitragem societária*, é um campo fascinante, para a teoria e para a prática. Aliás, as palavras citadas são particularmente significativas ao serem escritas por um «arbitralista», não um societarista.

2. É importante, para o que lhes vou procurar transmitir de seguida (e até como «parte geral», digamos assim, do que depois de mim mais apropriadamente será dito neste painel), lembrar o gentil auditório de que *não existe, na lei portuguesa, qualquer disposição legal que resolva direta e expressamente questões que especificamente se levantem em virtude da natureza jussocietária dos litígios*. Se é verdade que uma boa interpretação das normas jurídicas do direito da arbitragem e do direito das sociedades nos dá a solução para muitos dos problemas que a ausência de regulamentação especial a um primeiro olhar levanta, não menos verdade é que outros ficam por resolver de modo definitivo, criando-se uma indesejável insegurança jurídica.

No meu entendimento, urge criar um texto legal, seja ele mais ou menos detalhado, dedicado à arbitragem societária. Eu próprio tomei a iniciativa de apresentar uma proposta de articulado, que partilho convosco nas atas deste Congresso<sup>3</sup>, mas que desafortunadamente não chegou a ser considerada no processo legislativo, porque extemporânea, no contexto da elaboração da nova LAV, a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que acaba de entrar em vigor há pouco mais de um mês. Com todas as suas falhas, aí fica a minha singela contribuição para o debate.

De todo o modo, importa assinalar que uma das dúvidas que surgia perante alguns litígios societários, a saber, a da susceptibilidade de sub-

<sup>1</sup> Como já se vê, mantém-se nesta publicação o tom de oralidade que é marcado pela origem e finalidade do escrito: o apoio à intervenção no II Congresso DSR. À falta de oportunidade para outras considerações e diálogos, fica a memória escrita (a *ata*, aqui mais próxima do modelo  *sintético* que do  *analítico*...) dessa intervenção.

<sup>2</sup> BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 98. A teoria que aí se menciona é a da desconsideração da personalidade jurídica.

<sup>3</sup> V. *infra*, 7.

meter a arbitragem determinados litígios em virtude das suas características substanciais (a *arbitrabilidade objectiva*), saudavelmente desapareceu: com a mudança de critério geral de arbitrabilidade da *disponibilidade* para a *patrimonialidade* dos direitos, conjugado ainda com a *transigibilidade* no que toca a *direitos não patrimoniais*, não mais se poderá questionar que, por exemplo, uma ação social de responsabilidade dos administradores pode ser cometida a árbitros.

Mas é também evidente que muitos problemas se mantêm. Penso, entre outros, na vinculação de sócios futuros; na eficácia do caso julgado contra não participantes no processo arbitral; na introdução superveniente de cláusula compromissória nos estatutos e os seus efeitos sobre os sócios ausentes/discordantes e futuros; *etc.*

A minha intenção neste curto lapso de tempo é a de convosco refletir sobre alguns instrumentos de direito das sociedades que podemos mobilizar para regulamentar o recurso à arbitragem no seio da sociedade; a serem apropriadas estas reflexões, daí poderá resultar alguma utilidade para a vida prática das sociedades e a *previsibilidade* que, no âmbito de todo o direito comercial, constitui um objetivo tão cimeiro.

3. Para o efeito, importa começar por sublinhar um postulado que poderá parecer-lhes evidente, mas que encerra virtualidades aliciantes quando estudamos um assunto com esta natureza. Refiro-me à *indispensável atendibilidade das noções e dos princípios fundamentais que regem o direito das sociedades*, bem como dos seus instrumentos típicos, como ponto de partida para a solução de questões que não encontram resposta clara na lei.

É por esse motivo que importa dizer que estamos, em matéria de estudo da arbitragem de direito das sociedades, a manusear os chamados *direitos de ação judicial do sócio*<sup>4</sup>. Estes representam uma categoria de direitos dos sócios, em sentido amplo, nos quais se desentranha a *socialidade* ou a *participação social*. Eles incluem o direito de impugnar deliberações (art. 59.º)<sup>5</sup>, o direito de requerer inquérito judicial por falta de prestação de contas (art. 67.º), o direito de propor ação social de responsabilidade, contra membros da administração ou fiscalização, a favor da sociedade (arts. 77.º, 81.º), ou o direito de propor ação de responsabilidade, para indemnização de danos diretamente causados aos sócios, por esses titu-

<sup>4</sup> Uso aqui a expressão de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial – vol. II (Das Sociedades)*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 209.

<sup>5</sup> Todas as disposições legais citadas sem outra indicação pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (CSC).

lares de órgãos sociais, no exercício das respetivas funções (art. 79.º). Em suma: estão incluídas todas as providências jurisdicionais que o sócio tenha legitimamente ao seu dispor para exigir o cumprimento, pela sociedade e/ou por determinados membros dos órgãos sociais, dos respetivos *direitos sociais*.

Mas, como é sabido, nem todos esses *direitos sociais* têm as mesmas características. Desde logo, e para não entrar em mais detalhe, há *direitos gerais* e há *direitos especiais*. Ora: a susceptibilidade de comprometer em ámbitos a tutela jurisdicional destes direitos de ação, bem como os requisitos para que tal comprometimento seja válida e eficazmente operado, não podem ser alheios às *concretas características desses direitos sociais*.

Quero exemplificar esta ideia com dois exercícios mais «práticos» que se seguem. Um primeiro, destinado a verificar qual a viabilidade de pôr ao serviço da afirmação da arbitragem dentro da sociedade certos instrumentos típicos da regulação societária num particular momento sensível: o da transmissão de participações sociais. Isto é: como «impor» a arbitragem nessa circunstância. O seguinte exercício, de sinal contrário, é destinado a testar a viabilidade de um outro instrumento típico para assegurar ao sócio a impossibilidade do recurso à arbitragem sem o seu concreto e efetivo consentimento. Ou seja: como «evitar» a arbitragem.

4. Vamos ao primeiro. Imagine-se o contrato de compra e venda (entre *A*, vendedor, e *B*, comprador, sendo *B* até essa data um terceiro em relação à sociedade) de ações representativas do capital de uma sociedade anónima, de cujos estatutos consta: (1) uma cláusula compromissória bastante ampla (daquelas «barocas», como já se lhes chamou), que inclui todos os futuros litígios entre sócios, presentes e futuros, entre qualquer sócio e a sociedade, ou entre qualquer de entre estes e os membros dos órgãos sociais; (2) uma cláusula de limitação da transmissibilidade das ações (nominativas), de modo que, nos termos do artigo 328.º do CSC, é necessário o *consentimento* da sociedade (reparem que exemplo semelhante seria configurável também numa SQ: veja-se, para o efeito, o art. 229.º, n.º 5).

Pois bem: se surge um litígio entre *A*, vendedor, e *B*, comprador da participação social, poderá o mesmo considerar-se sujeito à cláusula compromissória estatutária?

Creio que há aqui distinções a fazer, em função das características do litígio.

Imaginemos um *primeiro problema*, resultante de a administração, ou os sócios reunidos em assembleia geral<sup>6</sup>, terem negado o dito consentimento

<sup>6</sup> Consoante o órgão competente: cfr. art. 329.º, n.º 1.

*ilicitamente*, na perspectiva do transmitente e do transmissário das participações (v. art. 329.º, n.º 2).

A sociedade teria à partida interesse em que *A* e *B*, ambos convictos dessa ilicitude, a demandassem *junto do tribunal arbitral*. *A* é ainda sócio, porque a sociedade não consentiu a transmissão; *B* pretende ser sócio, e só não o é ainda em virtude da recusa (ilícita) do consentimento.

Mas e se *B*, que a sociedade não aceita ainda como sendo seu sócio, quiser antes recorrer ao *tribunal judicial*? Haverá algo que verdadeiramente o impeça? Haverá algo que a sociedade possa fazer contra essa possibilidade, uma vez que é ela própria quem nega a qualidade de sócio àquele sujeito?

Configuremos agora um *segundo problema*, em que *B*, o comprador, impugna o negócio da compra e venda das ações, com base numa qualquer invalidade do contrato, e fá-lo junto de um tribunal judicial, não junto do tribunal arbitral. *A*, o vendedor, entende que o tribunal judicial é incompetente com base na exceção da preterição do tribunal arbitral, mas *B* insiste em que não se encontra vinculado pela cláusula compromissória: pois se ele impugna a compra de ações por considerá-la inválida, isso deve-se exatamente ao facto de ele *não* se considerar sócio, logo *não* vinculado aos estatutos, logo *não* vinculado por uma convenção de arbitragem. Para *B*, este contrato de compra e venda *nunca existiu*.

Uma primeira abordagem aos dois problemas poderia aparentar que, sem mais elementos, não há como vincular *B* à jurisdição arbitral, uma vez que a sua qualidade de *sócio*, que é pressuposta para a sua vinculação àquela cláusula compromissória estatutária, está por estabelecer. Mas há de perguntar-se: poderão as sociedades, *na prática*, munir as cláusulas compromissórias estatutárias de uma blindagem que as torne mais resistentes? Nenhum jurista habituado a litigar nos tribunais judiciais portugueses duvidará das razões perfeitamente legítimas que poderão estar por detrás da intenção de sujeitar em geral a arbitragem os litígios societários: na verdade, a atual lentidão na tramitação de uma ação judicial em primeira instância pode em dadas circunstâncias conduzir a que o recurso à justiça *judicial* surja travestido sob o desígnio de um legítimo exercício da tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas seja na realidade um meio quase-abusivo (ou abusivo, mas sem que esse abuso seja muitas vezes concretamente demonstrável) de colocar ilegitimamente o sócio numa posição negocial que lhe é favorável, perante a sociedade ou perante outros sócios.

Voltando à pergunta: será admissível, designadamente, que, nos estatutos, se vá mais longe e se preveja uma obrigação de os sócios fazerem estender às suas contrapartes nos negócios de alienação ou oneração de participações sociais a dita convenção de arbitragem? Para estudar essa

hipótese, vamos recorrer a alguns dos instrumentos jussocietários que o CSC nos fornece.

Em primeiro lugar, pensemos nas *cláusulas de limitação da transmissibilidade das ações* (art. 328.º, n.º 2), já (a)) sob a forma de necessidade de *consentimento da sociedade*, a ser negado justamente quando não se inclua convenção de arbitragem no contrato de compra e venda de participações<sup>7</sup>; já (c)) enquanto *subordinação da transmissão ao preenchimento de certos requisitos*.<sup>8</sup>

Em segundo lugar, pensemos na *obrigação de prestações acessórias* (art. 209.º para a SQ, art. 287.º para a SA). A obrigação seria a de incluir (ou «promover a inclusão») em qualquer contrato de alienação ou oneração das suas ações a mencionada convenção de arbitragem. O incumprimento daria origem a responsabilidade civil desse sócio; e as consequências poderiam ir ainda mais longe, porque a lei, quer para as SQ, quer para as SA, permite expressamente que se prevejam sanções que «afectem a situação do sócio como tal» (p. ex., a exclusão<sup>9</sup>), desde que o contrato de sociedade assim disponha.

Estas prestações acessórias, recorde-se, *transmitem-se com a própria participação social*<sup>10</sup>. Assim, o adquirente, a partir do momento em que *adquire*, está também ele vinculado à referida prestação acessória (de, recorde-se, inserir nos seus contratos de aquisição, alienação ou oneração de participações sociais as ditas cláusulas compromissórias). Portanto, há apenas um pequeno hiato lógico, um *interstício*, durante o qual o adquirente não está vinculado à cláusula compromissória, que é aquele momento lógico que antecede o reconhecimento da validade e eficácia do seu consentimento na declaração de aquisição da participação social.

Parece, desta maneira, conseguir-se divisar um par de instrumentos jussocietários mobilizáveis ao serviço da arbitragem. Mas com cautela e limites claros: são ambos utilizáveis em tese apenas nas SQ e nas SA com capital representado por *ações nominativas* (a não ser que a imaginação criadora da prática jurídica nos conduza a lugares que nesta pequena hora não logrei ainda pressentir).

<sup>7</sup> Devendo para o efeito prever-se nos estatutos, conforme sugerido pelo art. 329.º, n.º 2, a especificação da *não inclusão de válida convenção arbitral em todos os negócios de oneração ou alienação de participações sociais celebrados pelos acionistas* como motivo de recusa do consentimento.

<sup>8</sup> Em paralelo com esta hipótese, nas SQ, veja-se a possível exigência de *consentimento*, nos termos do art. 229.º.

<sup>9</sup> V. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso – vol. II*, cit., p. 333; cfr. arts. 241.º (SQ) e 347.º (SA).

<sup>10</sup> *Idem*, p. 332.

Em acréscimo, os *acordos parassociais* são também um útil instrumento contratual para a consagração de cláusulas compromissórias. Contudo, para além de a sua eficácia para lá dos próprios signatários ser bem mais diminuída, ou mesmo inexistente, acresce que uma certa interpretação da relação entre o *social* e o *parassocial*, conjugada com o entendimento que seja dado ao aludido *direito à ação judicial do sócio*, pode trazer problemas à eficácia da cláusula compromissória *parassocial*.

Para expor esses problemas, basta recordar a afirmação, feita por alguns autores, de uma *subordinação normativa* do parassocial ao social, *i.e.*, de uma prevalência das regras sociais sobre as regras parassociais.<sup>11</sup>

Tal significa que um dos argumentos de que se poderá valer o signatário do acordo parassocial para «fugir» à arbitragem será hipoteticamente o de haver um conflito entre a «regra parassocial *infra-ordenada*» que o vincula à arbitragem e a «regra social *supra-ordenada*» que lhe reconhece em geral o direito a uma tutela jurisdicional *judicial*.

A ideia de certa doutrina de que é *possível* – até *aconselhável*, como se escreve – «vincular os subscritores do acordo parassocial a promoverem a sua aceitação pelos cessionários em caso de cessão das respectiva quotas ou ações»<sup>12</sup> é sensata, de um ponto de vista prático, *mas*, em vista do que lhes disse, pergunto-me até que ponto poderá o transmitente ser responsabilizado civilmente pelo seu incumprimento – sendo que, se não pode, frustrar-se-á largamente a certeza jurídica pretendida com a sujeição à arbitragem.

Por fim quanto a este ponto – e deixando o *parassocial* para voltar ao *social* –: a incluir-se no contrato de sociedade uma *obrigação de prestação acessória*, ou uma *cláusula limitativa da transmissibilidade das participações*, que imponham a promoção da aceitação da arbitragem por terceiros adquirentes, pergunto-me se é possível fazê-lo validamente *nos estatutos* enquanto *obrigação de resultado*, ou apenas enquanto *obrigação de meios* a cargo dos transmitentes<sup>13</sup>. Porque só estes, os transmitentes, estão à partida sujeitos ao estipulado nessa cláusula, uma vez que a «subscree-

<sup>11</sup> V., com as cabidas referências, CAROLINA CUNHA, «Artigo 17.º – Acordos parassociais», in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 300-302.

<sup>12</sup> ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 344.

<sup>13</sup> Neste último sentido a proposta em Espanha de LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transición de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000», in *Anuario de justicia alternativa*, n.º 2/2001 (Fev.), 2001, texto correspondente à n. 12.

vem» enquanto parte integrante dos estatutos; já não o transmissário/adquirente, que só após a conclusão dessa operação jurídica – em cujas negociações, e portanto antes da respetiva conclusão, haveria de acordar-se na inclusão da dita cláusula compromissória – será para todos os efeitos um sócio, devidamente vinculado aos estatutos... Aqueles que não aceitem mais que uma obrigação *de meios* poderão ainda assim concordar, creio, que uma concreta cláusula compromissória estatutária que vincule o sócio-transmitente *ao resultado* possa ainda assim ser objeto de uma *redução*, nos termos gerais, de modo que passe de *obrigação de resultado*, como foi estipulada, a *obrigação de meios*.

Mas talvez se possa arriscar ir aqui um pouco mais longe do que uma primeira leitura sugeriria e aceitar que a cláusula compromissória constante dos estatutos vincula já o terceiro adquirente, mas de um modo materialmente limitado, distinguindo para o efeito *dois planos*, a delimitar por uma operação de *qualificação*: no *plano jussocietário*, em que se colocaria o meu *primeiro problema* (a sociedade recusou ilicitamente o consentimento), ele está plenamente vinculado; já no *plano puramente contratual*, em que se colocaria o meu *segundo problema* (invalidade do contrato), e ao menos até ao momento em que fique assente que *a transmissão é contratualmente válida*, o adquirente *não está vinculado* à cláusula compromissória. A ser de outra maneira, estaríamos a potenciar a criação de situações quase kafkianas em que o suposto transmissário não emitiu verdadeiramente nenhuma declaração de vontade de aquisição das participações sociais, mas mesmo assim vê-se obrigado a dirimir esse litígio perante um tribunal arbitral a ser constituído e a funcionar em termos que lhe são, e foram sempre, totalmente alheios, e sem que disso se possa furtar por nenhum modo legítimo. E ademais, só assim garantimos isenção da crítica de que, de outro modo, a sociedade estaria a impor a sua vontade num contexto ainda «puramente contratual», como é o dos aspectos meramente obrigacionais da relação entre comprador e vendedor das participações sociais, para o qual não teria legitimidade.

Por conseguinte, com esta limitação, *i.e.*, excluindo-se a questão da própria validade do negócio de transmissão das participações e/ou da vinculação contratual do *alegado* transmissário, creio que a cláusula compromissória poderia ser incluída não só no *acordo parassocial* mas também, com esse mesmo alcance, nos próprios *estatutos* – porque nesse caso, pode dizer-se, não ultrapassa verdadeiramente o plano puramente jussocietário, uma vez que a segurança jurídica e celeridade processual associadas ao recurso à arbitragem são tidas pelo grémio dos sócios como um *interesse relevante da sociedade*.



5. Se, como vimos, e por um lado, o direito das sociedades nos dá instrumentos para, dentro de certos limites, criar um quadro favorável à (quase-)exclusividade da arbitragem na resolução dos litígios societários, a realidade é que, por outro lado, há que proteger, na minha opinião, todo aquele sócio que quer manter-se alheado das instâncias arbitrais quando se trate de serem emitidos atos jurisdicionais que o vinculem. Isto é: se por um lado devem retirar-se os escolhos desnecessários no recurso à arbitragem, permitindo que neste campo se espraíem todos aqueles expedientes gerais do direito da arbitragem que são um espelho do *favor arbitrandum* com que muitas ordens jurídicas, em que pode incluir-se a nossa, encaram o recurso a esse meio de resolução de litígios, por outro lado, há que criar mecanismos para que, com a mesma naturalidade, seja permitido aos sócios e membros de órgãos sociais *subtraírem-se valida e eficazmente* do mundo arbitral. Muitas razões podem conduzir a essa pretensão, tais como um receio (justificado ou injustificado, não me cabe tomar parte nesse debate) de uma justiça mais cara, de uma justiça menos favorável ao pequeno acionista que ele é, de uma justiça mais salomónica e menos assertiva do direito constituído, *etc.*

Pois bem: é aqui que me atrevo a sugerir-lhes, aos que não queiram a arbitragem e aos seus advogados, que considerem a eventual utilidade dos *direitos especiais dos sócios*, conforme regulados no nosso CSC.

É útil sublinhar que, no seio da *participação social*, nem todas as *faculdades* ou *direitos* em que ela se consubstancia são iguais. Por isso mesmo, o regime jurídico-material desses direitos é distinto: não é a mesma coisa, p. ex., (i) alterar a configuração do direito à distribuição de dividendos para um determinado exercício [decidindo-se, imaginemos, de acordo com o art. 294.º (por três quartos dos votos correspondentes ao capital social) a distribuição de menos de metade do lucro de exercício]; ou (ii) suprimir um direito especial à gerência. Para esta última operação, é indispensável o consentimento do seu titular, sem o que ela é ineficaz (arts. 24.º, 55.º). É por isso que os direitos especiais são pequenas «ilhas de contratualidade no mar de socialidade»<sup>14</sup>, como escreve Pais de Vasconcelos, ou, como muito expressivamente dizia Ferrer Correia, são «enxertias de contratos de direito comum»<sup>15</sup> no direito societário: nada se pode fazer sem o efetivo e específico consentimento dos seus beneficiários.

<sup>14</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 250.

<sup>15</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Estudos Jurídicos – II – Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1985, p. 97.

Em consequência, é prudente evitar afirmações lineares de que a mera modificação de aspetos processuais do exercício dos direitos sociais, em geral, estaria subtraída à necessidade de consentimento dos sujeitos visados, como mera decorrência do princípio maioritário nas sociedades. Não: 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 (que nem sempre estão muito claramente identificados). Aí, poderá adaptar-se a convenção de arbitragem à existência dos mesmos, de modo a cobrir litígios sobre eles também, para que desta maneira se evitem dúvidas no futuro. Mas repito: ainda que com todos estes cuidados, a sua eficácia torna-se seriamente comprometida pela inexistência de voto favorável do sócio titular do direito especial cuja tutela jurisdicional é (no mínimo) modificada.

Pois bem: este arrazoado, que vale para a tutela jurisdicional de direitos especiais «*materiais*», por assim dizer, é válido também no plano dos direitos especiais «*processuais*», de ação judicial. O mesmo é dizer: não vejo por que negar a possibilidade de ser consagrado estatutariamente um ou vários *direitos especiais à ação «judicial»* (por *contraposição 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. E não vejo também por que não estender esse direito especial à *totalidade dos sócios*, conforme a doutrina dominante vem aceitando entre nós<sup>16</sup>.

A possibilidade de ser consagrado um *direito especial à ação judicial do sócio*, aqui defendida, se é por um lado um instrumento que limita o acesso aos tribunais arbitrais e assim afasta aquele concreto grémio social das vantagens que esse acesso poderá encerrar, pode, por outro lado, ter consequências favoráveis para o modo como se encara a vinculação dos

<sup>16</sup> V. nesse sentido, com referências doutrinárias e jurisprudenciais, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso – vol. II*, cit., p. 217; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades – I – Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 620. Contra, porém, PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 23-25; *id.*, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 313.

sócios a cláusulas compromissórias estatutárias. Por outras palavras: a existência de mecanismos que permitem ao sócio excluir-se da sujeição à jurisdição arbitral (i.e., a previsão estatutária do direito especial à ação judicial) ajuda a legitimar a introdução de cláusulas compromissórias nos estatutos por deliberação *maioritária e não unânime* – uma deliberação que assim ficará sujeita a idêntico grau de exigência consensual à própria deliberação de introdução do direito especial à ação judicial (cfr. art. 24.º, n.º 1, do CSC).

Por fim: todo este difícil manuseamento da lei e dos institutos jus-societários seria evitado se houvesse um esclarecimento legal de que é possível uma alteração do ato constitutivo para introdução de cláusulas compromissórias estatutárias, a ser deliberada com voto favorável de uma determinada maioria (super)qualificada, e vinculando em consequência também os sócios ausentes ou discordantes.

6. Procurei deixar-lhes alguns pensamentos sobre como *na prática* os instrumentos criados pelo direito das sociedades podem ser utilizados *ao serviço* ou *contra* a resolução dos litígios pela via arbitral. É verdade que algumas das sugestões que lhes propus, para serem praticáveis, pressupõem que os atores societários *tomem consciência* do crescente fenómeno arbitral e queiram assim tomar medidas expressas, em seu favor ou em seu desfavor. Fenómeno similar tem vindo a ocorrer nos EUA, nos últimos anos, a propósito da introdução de *pactos de jurisdição* nos estatutos de grandes sociedades cotadas na bolsa de Nova Iorque, em favor dos tribunais do Delaware.

É no sentido de contribuir, ainda que muito singelamente, para o lançamento deste debate que lhes deixo estas reflexões. Muito obrigado.

*Lisboa, 20 de Abril de 2012*

## 7. Proposta de artigo sobre arbitragem societária (setembro de 2011)

20.9.2011

### *Artigo xx (Arbitragem societária)*

1. *Os estatutos de uma sociedade podem cometer à decisão por árbitros os litígios entre sócios, ou entre sócios ou membros de órgãos sociais e a sociedade, que tenham por objecto as relações jurídicas reguladas pelo direito das sociedades[, com exclusão das sociedades abertas nos termos da lei dos valores mobiliários].*

2. *As alterações dos estatutos, introduzindo ou suprimindo cláusulas compromissórias, devem ser aprovadas por deliberação de sócios que representem pelo menos três quartos do capital social. Os sócios que não tenham votado a favor da deliberação podem exonerar-se da sociedade, devendo notificá-la da sua decisão no prazo de sessenta dias após a publicação da referida deliberação.*<sup>17</sup>
  3. *Na ausência de cláusula compromissória estatutária, pode ser celebrado compromisso arbitral relativo a um litígio atual, desde que, em matéria da competência dos sócios, seja aprovado por deliberação social [, anterior ou ulterior,] que respeite os requisitos previstos no número anterior.*<sup>18</sup>
- 
4. *Quando e na medida em que o tribunal arbitral conheça da validade de deliberação social ou de qualquer facto sujeito a registo obrigatório nos termos da lei do registo comercial, bem como em ações de responsabilidade de membros dos órgãos de administração ou fiscalização para com a sociedade, o julgamento será segundo o direito constituído. A arbitragem, incluindo a nomeação dos árbitros, caberá a um centro de arbitragem institucionalizada.*<sup>19</sup>

<sup>17</sup> A possibilidade de alterar os estatutos para introduzir, modificar ou suprimir uma cláusula compromissória é um dos pontos potencialmente problemáticos, da perspectiva do sócio discordante ou ausente. Uma maioria assim qualificada enfraquecerá as dúvidas que os mais cépticos poderiam colocar quanto à legitimidade de uma tal alteração do contrato de sociedade, que se prende com o acesso à justiça e por isso deverá revestir-se de especiais cuidados. Baseei-me no art. 35.º, n.º 6, da lei italiana (Decreto Legislativo n.º 5, de 17 de Janeiro de 2003), com a diferença de prever-se 60 em vez de 90 dias e um *quorum* de 75% e não de dois terços. Uma solução semelhante – i.e., acoplando uma exigência de deliberação por 75% dos votos correspondentes ao capital social com um direito de exoneração dos sócios que manifestem não concordar – tem paralelo no art. 3.º, n.º 5, do CSC, em que baseei a segunda frase deste número. Por outro lado, para que se possa reconhecer o direito de exoneração nesta circunstância, parece razoável diminuir-se a dimensão da minoria que o pode exercer, tendo em conta que o seu exercício por muitos sócios poderá fazer perigar a situação financeira da sociedade.

<sup>18</sup> Parece-me prudente a previsão expressa da admissibilidade do compromisso arbitral, de modo a que não se retire da regulamentação da cláusula compromissória, no n.º anterior, a ilação errónea de que só esse tipo de convenção de arbitragem seria admitido no seio das sociedades.

Pode também levantar-se a dúvida sobre se a aprovação dos sócios terá necessariamente de ser anterior à celebração do compromisso arbitral. De todo o modo, poderá ser um ponto a ser deixado sem referência expressa, removendo-se o texto em parêntesis rectos.

<sup>19</sup> A possibilidade de serem julgados segundo a equidade certos litígios societários, mormente a impugnação de deliberações sociais, é ponto debatido em várias latitudes; parece-me que os interesses de sócios futuros e de terceiros que conduzem à obrigatoriedade de

- 
5. *Sempre que um sócio ou membro de órgão social, não demandante nem demandado nos termos em que é requerida a constituição do tribunal arbitral, tenha legitimidade processual, poderá requerer a sua participação processual até sessenta dias após a publicação do registo da ação arbitral, aplicando-se as normas desta lei sobre pluralidade de demandantes ou de demandados.*<sup>20/21</sup>
  6. *A sociedade está obrigada a satisfazer oportunamente os pedidos de informação formulados pelos sócios para os efeitos do número anterior, nos termos previstos no artigo 291.º do Código das Sociedades Comerciais.*<sup>22</sup> *A impugnação da recusa da prestação de informação pode ser feita através de inquérito judicial, nos termos do artigo 292.º do mesmo Código, que será tramitado como processo urgente, ou de procedimento cautelar junto do tribunal arbitral, tendo em qualquer caso o efeito de suspender a tramitação do processo arbitral.*<sup>23</sup>
  7. *A sentença arbitral 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 ação.*<sup>24</sup>
- 

registo comercial de certos factos deve também levar à necessidade de julgar-se segundo o direito constituído nestas matérias, sob pena de a integridade do ordenamento jurídico-societário poder ser posta em causa.

A necessidade de recorrer-se à arbitragem institucionalizada e não *ad hoc* inspira-se na solução recentemente adoptada em Espanha (Artigo 11-*bis*, n.º 3), que desde a Ley 11/2011 se junta agora aos países que tratam o problema da arbitragem societária na sua lei, em dois novos artigos (11-*bis* e 11-*ter*).

<sup>20</sup> Refiro-me ao art. 11.º do Projeto da APA («Pluralidade de demandantes ou de demandados»).

<sup>21</sup> A arbitragem societária só faz sentido, na prática, se com ela se conseguir uma solução eficaz contra e a favor de todos os sócios. Ora, não obstante a natural resistência da justiça arbitral à complexidade introduzida pela intervenção de terceiros, para que tal solução se obtenha sem pôr em perigo os interesses dos sócios há que admitir a intervenção de todos os sócios que o pretendam.

<sup>22</sup> Esta remissão contempla, nomeadamente, o prazo de 15 dias previsto no n.º 5 do art. 291.º do CSC.

<sup>23</sup> Acautelar o direito de informação dos sócios parece-me importante. Por outro lado, a 2ª parte deste n.º toca no difícil problema das consequências da recusa de informação. A atribuição de demasiados poderes impugnatórios aos sócios pode fazer perigar a tramitação do processo arbitral, pelo que me pareceu judicioso, não obstante não se exclua a possibilidade de recorrer ao inquérito judicial (art. 292.º CSC), dar-lhe carácter urgente e prever-se que, para além dessa via, apenas um procedimento cautelar junto do tribunal arbitral pode suspender o processo arbitral.

<sup>24</sup> O fraseado é o do art. 61.º do CSC («Eficácia do caso julgado»).

8. *As ações e decisões arbitrais estão sujeitas a registo comercial nos mesmos termos em que o estão as ações e decisões judiciais, salvo o disposto no número seguinte.*
9. *Se a convenção de arbitragem assim dispuser, tendo em vista a confidencialidade dos dados que respeitam ao litígio, o registo das ações e decisões arbitrais é feito com base em certidão emitida pelo tribunal arbitral que identifique apenas as partes processuais e a norma da lei do registo comercial ao abrigo da qual o mesmo é obrigatório.*<sup>25</sup>

<sup>25</sup> A publicidade do processo arbitral, quando um processo *judicial* com idêntico objecto a tal estivesse sujeito, deve ser garantida. Mas um depósito no registo comercial de certidões com duplicados das peças processuais poderia frustrar a confidencialidade pretendida. Daí que se proponha aqui a possibilidade de incluir-se na convenção de arbitragem uma cláusula que em nome da confidencialidade reduza a publicidade ao mínimo indispensável. Pode, no entanto, ponderar-se se o preceito não deveria contemplar também o conhecimento do *pedido*.