ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO₃

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia I António Pedro Pinto Monteiro I Artur Flamínio da Silva Daniela Mirante I Joana Campos Carvalho I João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva







ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO₃



ANUÁRIO DO ADR LAB

YEARBOOK OF THE ADR LAB

ANO 3

COORDENAÇÃO:

Mariana França Gouveia I António Pedro Pinto Monteiro I Artur Flamínio da Silva Daniela Mirante I Joana Campos Carvalho I João Pedro Pinto-Ferreira

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva







ANUÁRIO DO ADR LAB LABORATÓRIO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

Ano 3 - 2020/2021

COORDENAÇÃO

Mariana França Gouveia António Pedro Pinto Monteiro Artur Flamínio da Silva Daniela Mirante Joana Campos Carvalho João Pedro Pinto-Ferreira

REVISÃO DO TEXTO

Maria Miguel Oliveira da Silva

EDIÇÃO

Universidade Nova de Lisboa. NOVA School of Law. CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

SUPORTE: ELETRÓNICO

Fevereiro, 2022

ISSN 2184-6200

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID/00714/2020.

Nota de abertura

Na abertura deste novo número do Anuário gostávamos de partilhar convosco algumas ideias sobre a investigação da NOVA School of Law na área da resolução de litígios.

O ADR Lab integra o NOVA Dispute Resolution Forum.

Este centro de conhecimento tem um foco unitário e integrado da resolução de litígios, traduzindo a ideia, que nos motiva, de que as várias formas de resolver diferendos devem ser encaradas como portas de saída, que em conjunto formam a solução para a gestão da conflituosidade na sociedade.

A arbitragem e a mediação são muitas vezes apresentadas como formas alternativas de resolver litígios. Contudo, a utilização da expressão alternativa remete-nos para a ideia de dualidade, para a necessidade de optar entre o sistema tradicional ou a alternativa, o que suscita a discussão em torno de saber qual dos dois é o melhor.

No NOVA Dispute Resolution Forum defendemos que a pergunta a fazer não é qual o melhor meio de resolução de litígios, mas sim qual o meio mais adequado para a resolução de cada conflito.

O processo civil, a arbitragem, a mediação, a negociação e todas as outras formas de resolver litígios são parte de um conjunto único que como tal deve ser pensado, discutido e ensinado.

Neste Fórum há espaço para essa discussão, que se pretende um diálogo aberto dentro da comunidade académica e também com os profissionais, as empresas e a sociedade.

Destacamos também o projeto de investigação In_Solvens, um projeto de investigação empírica que, partindo da análise dos dados dos processos de pré-insolvência e de insolvência, pretende traçar um diagnóstico e oferecer soluções para esta importante e, por vezes, tão esquecida área da Justiça.

Finalmente, é um gosto partilhar convosco mais um conjunto de textos sobre mediação e arbitragem resultantes do trabalho realizado na NOVA School of Law.

Desejamos-vos boas leituras!

MARIANA FRANÇA GOUVEIA Professora Catedrática e Diretora

JOANA CAMPOS CARVALHO Doutoranda e Professora Convidada

NOVA School of Law

Arbitragem Societária: O Problema do Consentimento

Miguel Lourenço e Silva

Sumário: I. Enquadramento. As Coordenadas do Problema. II. A Vinculação dos Sócios Dissidentes. III. A Vinculação dos Adquirentes e dos Membros dos Órgãos Sociais. IV. Síntese Conclusiva e Perspetivas de Futuro.

Summary: I. Introduction. The Problem. II. Binding Effect vis-à-vis Dissenting Shareholders. III. Binding Effect vis-à-vis of Acquirers of Share Capital and Members of the Corporate Bodies. IV. Conclusions and Outlook into the Future.

Resumo: O presente estudo visa abordar o consentimento na arbitragem societária, procurando contribuir para a discussão em torno da vinculação dos sócios dissidentes, dos adquirentes de participações sociais e dos membros dos órgãos sociais à cláusula compromissória inserida nos estatutos por deliberação adotada pela maioria legalmente exigida para a alteração dos estatutos. Quanto aos sócios dissidentes, a análise far-se-á tendo em vista superar a (pelo menos aparente) tensão entre a intangibilidade dos contratos e o princípio da maioria. Quanto aos adquirentes e membros dos órgãos sociais, a análise far-se-á mediante determinação do real alcance da aquisição da participação social e da aceitação do cargo, respetivamente.

Palavras-chave: Arbitragem Societária; Consentimento; Vinculação à Cláusula Compromissória Estatutária; Sócios Dissidentes; Adquirentes; Membros dos Órgãos Sociais.

Abstract: This article aims to broach the issue of consent in corporate arbitration, by endeavouring to contribute to discussion on the binding effect of an arbitration agreement inserted in the bylaws of a company, through a resolution adopted for the amendment thereof by the required majority, vis-à-vis dissenting shareholders, acquirers of share capital and the members of the corporate bodies. As regards dissenting shareholders, the analysis aims to surpass the (at least apparent) tension between the principle of the 'intangibility' of contracts and the corporate majority principle. As regards the

acquirers of share capital and the members of the corporate bodies, the analysis is based on the determination of the precise scope of the acquisition of share capital and of the acceptance mandate.

Keywords: Corporate Arbitration; Consent; Binding Effect of the Arbitration Agreement Inserted in the Bylaws; Dissenting Shareholders; Acquirers of Share Capital; Members of the Corporate Bodies.

I. Enquadramento. As Coordenadas do Problema¹

O presente artigo visa abordar um dos problemas fundamentais da Arbitragem Societária², o consentimento. Não sendo um problema exclusivo da Arbitragem Societária, até porque usa dizer-se que a arbitragem é uma 'creature of consent' – para exprimir a ideia de que uma parte "cannot be forced to arbitrate if it has not agreed to do so"³ –, a verdade é que quanto àquela se suscitam especiais dificuldades. De facto, trata-se de um âmbito no qual, diferentemente do que sucede – grosso modo – nos demais domínios da arbitragem voluntária, se pode vir a concluir que

¹ A escolha deste tema deve-se a motivos diversos. Em primeiro lugar, ao nosso interesse quer pelo Direito da Arbitragem, quer pelo Direito das Sociedades Comerciais. Em segundo lugar, por se tratar de um tema que aflorámos, brevemente, num outro estudo de que somos coautores (Carla Borges e Miguel Lourenço e Silva, "Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein", in António Menezes Cordeiro (coord.), Arbitragem Comercial – Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2019). Por fim, por nos parecer um domínio que, no âmbito da arbitragem, será objeto, em Portugal, de grande desenvolvimento – prático e legislativo –, crendo-se que se tornem cada vez mais comuns as 'arbitragens societárias'. Na elaboração deste artigo foi considerada a legislação em vigor no dia 21.06.2021.

² Exclui-se do âmbito da análise que se segue a 'parassocialidade', visto que, salvo melhor entendimento, não nos parece que, nesse conspecto, se coloquem as questões aqui tidas por relevantes. De facto, no âmbito da *parassocialidade*, a inserção de uma cláusula compromissória não suscita o mesmo tipo de dificuldades visto que, embora o acordo parassocial também seja um contrato colaborativo celebrado por sócios, a verdade é que não se discute que, perante a oposição de um dos contraentes, não pode ser inserta a cláusula compromissória. Diferentemente sucede quanto ao contrato de sociedade (estatutos), como veremos.

³ *InterGen N.V v. Eric F. Grina*, 344 F. 3d 134 (United States Court of Appeals, First Circuit, decisão de 23 de setembro de 2003).

alguém, independentemente de ter manifestado (individualmente) uma vontade contrária à composição dos litígios por recurso a arbitragem, ou até alguém que não tenha manifestado vontade (quer favorável, quer contrária) a essa solução, se pode ver vinculado à jurisdição arbitral4.

Afigura-se, por isso, especialmente relevante a análise do consentimento (a sua exigência e seus contornos) no âmbito da Arbitragem Societária.

Neste contexto, e para efeitos deste estudo, entendemos o consentimento como o comportamento através do qual as partes anuem à submissão do litígio à jurisdição arbitral. É este o conceito chave para a análise que nos propomos empreender.

Sem pretensões de exaustividade, a análise da vinculação dos sócios dissidentes far-se-á partindo da constatação de que, pelo menos aparentemente, existe, quanto ao consentimento, uma tensão entre o regime da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que aprova a Lei da Arbitragem Voluntária, e o regime aplicável à adoção de deliberações pelos sócios⁵⁶⁷.

Importa, contudo, fazer desde já uma precisão delimitadora do âmbito do estudo. Em tese, a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos pode dar-se em dois momentos típicos. No momento 'fundacional' - i.e., no momento da constituição da sociedade - ou, num momento posterior – i.e., num momento em que a sociedade já existe e é uma realidade dinâmica personificada. O primeiro momento mencionado é o da sociedade-contrato e o segundo, o da sociedade-instituição⁸. Ora,

⁴ Neste estudo abordaremos apenas a cláusula compromissória. Não nos referiremos à celebração de compromisso arbitral, uma vez que tal compromisso é celebrado após o surgimento do litígio. Assim, ao celebrarem-no, as partes - unanimemente - acordam em submeter o litígio a arbitragem.

⁵ Aqui entendidos como titulares de participações sociais e não por referência a qualquer tipo social específico. Assim, salvo indicação em contrário, o termo será utilizado e deverá ser lido como referindo-se aos membros do substrato pessoal de uma sociedade comercial e não como titulares de participações sociais de uma sociedade em nome coletivo ou por quotas.

⁶ Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

⁷ Neste estudo não está em causa a formação da vontade da pessoa coletiva (sociedade) em si, mas sim a forma como a construção dessa vontade vincula cada um dos seus sócios e produz efeitos sobre a sua esfera individual.

⁸ Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 105.

para o que aqui nos ocupará não se afigura relevante o primeiro momento porque nele, os sócios, ao celebrar o contrato de sociedade, definem em termos unânimes o seu conteúdo⁹. A questão que nos ocupa só se coloca, por isso, verdadeiramente, no momento da sociedade-instituição, pois só aí existem (e se questiona a vinculação de) sócios dissidentes, adquirentes de participações sociais e membros dos órgãos sociais (que não sejam sócios que votem favoravelmente a inserção da cláusula compromissória nos estatutos). Enquadrada temporalmente a análise e definido o conceito chave, vejamos aquele que nos parece ser o ponto de partida da reflexão, isto é, vejamos os contornos da tensão a que aludimos.

Analisado o disposto no artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária, constata-se que esta não se afasta, quanto ao consentimento para o negócio jurídico processual que é a convenção de arbitragem, do regime geral vigente a respeito da generalidade dos negócios jurídicos. De facto, exige-se, no referido preceito, o consentimento das partes que, ainda que tacitamente manifestado (cf. artigo 217.º, n.º 2, do Código Civil), terá de observar a forma escrita¹º. Ora, muito simplesmente, poder-se-á dizer que o regime previsto na Lei da Arbitragem Voluntária, para a inserção de convenções de arbitragem

⁹ De facto, no momento da constituição da sociedade, todos os (futuros) sócios terão, necessariamente, de dar o seu consentimento individual, sem o qual a sociedade não existirá ou, alternativamente, os que não assentirem não serão sócios. Por esse motivo, a análise do consentimento quanto à inserção de uma cláusula compromissório revela-se (menos interessante e) um domínio problemático distinto do aqui considerado, visto que o paradigma da Lei da Arbitragem Voluntária (de seguida exposto) – fruto da necessidade de cada um dos (futuros) sócios ter de expressamente manifestar uma vontade individual coincidente com a constituição e participação na sociedade – se aplica plenamente. Em sentido divergente, PAULO DE TARSO DOMINGUES, "A Arbitrabilidade de Litígios Societários", in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 252. Assim, a análise aqui feita centra-se, apenas, no momento sociedade-instituição, uma vez que neste momento a sociedade já se autonomizou do contrato inicial que a fundou e, consequentemente, superou a necessidade da unanimidade, funcionando de acordo com o princípio da maioria (como veremos).

DÁRIO MOURA VICENTE (Coord.), Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 37 e ss.; e, reportando-se à anterior Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 31 de agosto), mas mantendo a sua integral pertinência, DÁRIO MOURA VICENTE, "A Manifestação de Consentimento na Convenção de Arbitragem", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, n.º 2, 2002, p. 993.

em contratos vigentes, pressupõe o consentimento de todas as partes (i.e., no que aqui releva, é necessária unanimidade para a inclusão de uma cláusula compromissória no negócio jurídico celebrado). Compreende-se que assim seja, uma vez que vigora no ordenamento jurídico nacional o princípio da intangibilidade dos contratos (artigo 406.º, do Código Civil), segundo o qual o contrato, salvo nos casos admitidos por lei, só pode ser modificado por mútuo consentimento de todos os contraentes.

Diversamente, no âmbito das sociedades comerciais - no momento da sociedade-instituição - vigora um regime distinto. Trata-se de um regime que, fruto da adoção do regime da maioria, se afasta da aludida intangibilidade/unanimidade¹¹.

Ao abrigo desse princípio, as sociedades comerciais regem-se pela prevalência da vontade da maioria dos seus sócios (ou dos membros dos seus órgãos sociais, desde que colegiais), que se consubstancia na adoção de uma deliberação social que a reflete¹². Na génese deste princípio está, por um lado, uma noção ontológico-institucionalista da sociedade que, reconhecendo-a como um ente próprio, no princípio da maioria vê uma fundamental norma organizativa¹³, que permite o funcionamento da sociedade e, por outro lado, uma conceção democrática (que encontra respaldo na natureza profundamente colaborativa do contrato de sociedade - quer na sua celebração, quer na sua execução) que assume que a maioria dos sócios definirá, com maior acerto, a concretização do

¹¹ A sua consagração no direito português resulta, por exemplo, do disposto nos artigos 85.º, n.ºs 1 e 2, 265.º, n.º 1, 383.º, n.ºs 2 e 3 e 386.º, todos do Código das Sociedades Comerciais.

¹² Conforme explica Pinto Furtado (Jorge Pinto Furtado, Deliberações de Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 473-476), constituindo as deliberações sociais atos colegiais, dominados pelo princípio da maioria, a respetiva eficácia jurídica, em derrogação das regras gerais aplicáveis aos factos jurídicos, é enformada (e a sua extensão determinada) por esse princípio: "não se restringe àqueles que votaram favoravelmente à deliberação, estendendo-se por igual a todos os membros do colégio, independentemente de terem votado contra, não terem votado, ou não terem sequer estado presentes à formação deliberativa para que foram convocados". De facto, se assim não fosse, frustrar-se-ia o princípio da maioria, "se se não filiasse neste princípio geral, frustrar-se-ia o próprio acto grupal, na maior parte dos casos, por não se conseguir alcançar a unanimidade".

¹³ Rui Pereira Dias, "Cláusulas Compromissórias Estatutárias e Princípio Maioritário", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 75 e ss.

desiderato social¹⁴. Fruto do desenvolvimento jurídico e económico, hodiernamente, o princípio da maioria já não se encontra inextricavelmente ligado à proporção do capital social detido por cada sócio. Isto porque a participação dos sócios no processo deliberativo pode não ser proporcional à porção do capital social desta por si detido - pense-se, por exemplo, nas ações preferenciais sem direito de voto¹⁵. Todavia, daí não resulta qualquer afastamento do dito princípio para efeitos de construção da vontade social nem para a vinculação dos sócios que não integraram a maioria deliberativa. Ou seja, não deixa de se ter que, por via do princípio da maioria, a vontade (individual) de cada um dos sócios apenas concorre para a formação da vontade coletiva, que se impõe a todos, imediata e automaticamente¹⁶, no seio da sociedade comercial¹⁷.

São estes os dois paradigmas em confronto. Por um lado, a intangibilidade/unanimidade de que parte a Lei da Arbitragem Voluntária (regra geral da formação e modificação dos negócios jurídicos) e, por outro, o princípio da maioria que rege o funcionamento das sociedades comerciais e a formação da vontade coletiva - que se impõe aos sócios.

Assim, entendemos que a chave da solução se encontra, portanto, em saber se no âmbito da Arbitragem Societária, a unanimidade que a Lei

¹⁴ A. FERRER CORREIA, Lições de Direito Comercial, vol. II, Universidade de Coimbra, 1968, pp. 346-347.

¹⁵ Cf. artigo 341.º do Código das Sociedades Comerciais. Um outro exemplo, mais recente, consta do artigo 21.º-D do Código dos Valores Mobiliários: "[a]s sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral podem emitir ações com direito especial ao voto plural, até ao limite de cinco votos por cada ação".

¹⁶ JORGE PINTO FURTADO, Deliberações de Sociedades Comerciais, 2005, pp. 473-476. De forma lapidar, nota PAULO OLAVO CUNHA que, sendo a deliberação social "um negócio jurídico unilateral, de que resulta efetivamente uma única declaração de vontade com relevância jurídica (...) [na sua formação coexistem] vontades sobrepostas ou contraditórias, [mas no] resultado final não irá afirmar-se qualquer divergência, prevalecendo as declarações de voto maioritariamente emitidas no sentido que faz vencimento. Não há, pois, efeitos diferenciados no resultado final, embora possa haver vontades divergentes" (PAULO OLAVO Cunha, Deliberações Sociais - Formação e Impugnação, Almedina, Coimbra, 2021, p. 20) (notas nossas).

¹⁷ Mais desenvolvidamente, veja-se, Pedro Maia, Voto e Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2020; e ainda Diogo Costa Gonçalves, Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2019.

da Arbitragem Voluntária pressupõe se sobrepõe ao, ou, ao invés, deve ceder perante o princípio da maioria, admitindo-se, em consequência, que mesmo um sócio dissidente se veja vinculado pela cláusula compromissória inserta nos estatutos – pese embora não tenha votado a favor da deliberação que a adotou. Aquela que nos parece ser a resposta a este problema será abordada adiante.

Diferentemente, no que concerne à vinculação dos adquirentes e dos membros dos órgãos sociais, a questão apresenta contornos distintos. De facto, nesse âmbito, a (pelo menos aparente) tensão entre a intangibilidade dos contratos e o princípio da maioria não se afigura como relevante. Ao invés, a colocação adequada do problema dita que se deva analisar se, ao adquirir uma participação social, o (futuro) sócio consente na cláusula compromissória e se, ao aceitar desempenhar o cargo, o (futuro) membro do órgão social manifesta semelhante anuência.

Antes disso, importa notar que a montante dos problemas equacionados está a questão de saber se podem ser introduzidas nos pactos sociais cláusulas compromissórias. A este respeito, tem entendido a doutrina¹⁸ (embora não unanimemente) que nenhuma diferença se deve estabelecer entre a natureza da cláusula compromissória estatutária e a das restantes cláusulas estatutárias. Sublinha-se que a lei não prevê um conteúdo máximo do pacto social, regulando apenas o conteúdo mínimo necessário19, e vigorando o princípio da 'autonomia estatutária'20, não há motivos para que aquelas não se considerem admissíveis, posto que seja observada a formalidade legalmente prescrita (cf. artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária)²¹.

Em síntese, e de forma lapidar, nota Sampaio Caramelo, "[a] disposição estatutária que impõe que os litígios intrassocietários sejam resolvidos por via da arbitragem traduz a opção coletiva da sociedade por um método

¹⁸ Carlos Alberto da Silveira Lobo, "A Cláusula Compromissória Estatutária", in Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22, 2009, pp. 11 e ss. (quanto ao direito brasileiro); e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Arbitragem de Litígios Societários", in Temas de Direito das Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 370.

¹⁹ Cf. artigo 9.º do Código das Sociedades Comerciais.

²⁰ Pedro Maia, "Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2017, p. 54.

²¹ Quanto à qualificação de uma tal cláusula estatutária e respetivas implicações, veja-se, Pedro Maia, "Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva", 2017, pp. 54-59.

de resolução de litígios (...) não [implicando] uma diminuição da proteção dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos ou dos direitos destes e daquela perante os sócios"22.

Parece, por isso, ser claro que, na ausência de proibição expressa legal, inexiste qualquer impedimento à inserção de cláusulas compromissórias em estatutos²³.

Aqui chegados, e mostrando-se identificadas quer as questões preliminares instrumentais do estudo, quer os contornos dos problemas a considerar, analisar-se-ão, de seguida, as situações que nos parecem poder suscitar dúvidas, a saber: (i) a vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória inserta nos estatutos e (ii) a vinculação do adquirente de participações sociais representativas do capital social de sociedade e dos titulares de cargos em órgãos sociais à cláusula compromissória inserta nos estatutos.

II. A Vinculação dos Sócios Dissidentes

Antes de dissecar a vinculação (ou não) dos sócios dissidentes, há que esclarecer quem se deve entender como 'dissidente'. Exceção feita aos sócios que votam favoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária, nenhum outro sócio, quer se abstenha, quer vote contra a sua adoção, manifesta (individualmente) vontade de adotar a deliberação que visa inserir a referida cláusula nos estatutos. Poder-se-ia pensar, à primeira vista, que esta similitude entre sócios abstinentes e dissidentes os colocaria no mesmo plano. Não é assim, contudo. De facto, o Código das Sociedades Comerciais contém regras que afastam essa conclusão nas sociedades anónimas e, ao invés, as impõem nas sociedades por quotas²⁴.

Por força do disposto no artigo 265.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, nas sociedades por quotas a abstenção é, por definição e

²² António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, p. 371.

²³ Em todo o caso, defender a respetiva admissibilidade sempre seria pressuposto da utilidade da análise que se segue.

²⁴ Referimo-nos apenas a estes dois tipos societários por serem os únicos economicamente relevantes. Neste sentido, já havíamos escrito em Carla Borges e Miguel LOURENÇO E SILVA, "Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein", 2019, p. 194.

natureza, um voto desfavorável²⁵. Assim, somos levados a concluir (*ope legis*) que um sócio (em sentido próprio) abstinente, independentemente de não manifestar (expressa e individualmente) uma vontade (des)favorável à adoção da cláusula compromissória, contribuiu para o bloco que não aprova a adoção da cláusula compromissória, não porque tenha manifestado expressamente uma vontade (individual) de sentido contrário, mas por ser esse o sentido que a lei atribui ao seu comportamento. Devem, por isso, ser neste prisma assimilados ao conceito de *'sócios dissidentes'*.

Inversamente, nas sociedades anónimas, a abstenção apresenta um sentido neutro²⁶. Significa isto que, não manifestando nem uma vontade favorável nem desfavorável à adoção da cláusula compromissória, a lei não atribui nem um sentido positivo nem um sentido negativo ao comportamento do acionista abstinente. Dada a absoluta neutralidade do acionista abstinente, parece-nos que, atento o funcionamento das sociedades comerciais, especialmente tendo presente o princípio acima referido, se deve considerar que, ao abster-se, fez (individualmente) sua a vontade expressa pelos demais acionistas que votaram favoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária. Parece-nos ser esta a única via interpretativa possível uma vez que o acionista abstinente, se discordasse da adoção de tal cláusula, poderia (*rectius*, deveria) ter votado desfavoravelmente. Ao não o fazer, e na ausência de disposição em sentido contrário, assumindo o 'risco' e as consequências de participação numa sociedade, contribuiu para a adoção da deliberação, fazendo sua essa vontade²⁷.

²⁵ José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades*, 6.ª edição, Porto, 2016, p. 295; e Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2016, p. 668.

²⁶ *Idem*.

Um outro grupo de sócios, que (em rigor) não manifestou a qualquer vontade concordante com a adoção da deliberação que altera os estatutos, poderá ainda ser considerado: os detentores de ações preferenciais sem direito de voto (cujo direito de voto não estivesse, ainda que transitoriamente, repristinado nos termos do artigo 342.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, no momento em que a deliberação destinada a alterar os estatutos e neles inserir a cláusula compromissória seja adotada). Cremos que a resposta, também quanto a este universo de sócios, não poderá deixar de ser a mesma: ficam vinculados à cláusula compromissória. Com efeito, a não titularidade, via de regra, do direito ao voto (que é transversal, não se restringindo às alterações estatutárias) resulta da própria conformação do *status socii*, aceite pelo sócio e expressa no ato de subscrição dessas ações, e, julgamos, implica inelutavelmente que, *ab initio*, o sócio aceite que caberá aos titulares de ações com direito de

Posto isto, estamos em melhores condições de perceber a que universo nos referimos. Falamos, portanto, dos sócios (em sentido próprio) abstinentes e dissidentes e ainda dos acionistas dissidentes. É perante este universo ou categoria de sócios que, não obstante a sua vontade (individual) contrária à sua inserção nos estatutos, se questiona a eficácia da cláusula compromissória estatutária.

Como adiantámos acima, parece-nos que a solução do problema tem, necessariamente, de ser equacionada perante a tensão entre a unanimidade que a Lei da Arbitragem Voluntária pressupõe e o princípio da maioria, vigente no direito societário. Somente a superação da tensão permitirá a afirmação da vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória inserta, contra a sua vontade (individual), nos estatutos.

Do confronto entre os mencionados paradigmas resulta um subsídio importante para a superação da referida tensão. Ao perspetivar o regime ínsito na Lei da Arbitragem Voluntária, o interprete é levado a concluir que aí se apela a um princípio geral vigente no ordenamento jurídico português: o da intangibilidade, nos termos do qual o contrato apenas pode ser modificado por mútuo consentimento de todos os contraentes. Diversamente, no âmbito das sociedades comerciais vigora um princípio que se apresenta como excecional: o princípio da maioria, nos termos do qual, contanto sejam respeitados os quóruns constitutivo e deliberativo, os estatutos podem ser alterados pela maioria dos sócios, ficando os demais, em regra, vinculados a essa deliberação. No domínio

voto (sejam ou não ordinárias) a formação da vontade social, através do processo deliberativo, a cujos resultados se sujeita necessária e conscientemente. Desse modo, independentemente de, à semelhança dos sócios dissidentes, tais sócios não manifestarem (individualmente) a sua vontade quanto à adoção da cláusula compromissória, a ela ficam vinculados. A questão será, em tese, mais sensível se se considerar o caso das sociedades (emitentes de valores mobiliários admitidos na negociação) que apresentem dispersão relevante do capital, cujos titulares de ações preferenciais sem direito de voto sejam (ou possam ser) materialmente apenas aforradores. Pensamos, naturalmente, no caso dos investidores não profissionais, a quem a lei dispensa um tratamento especialmente brando e garantístico (v. por exemplo, os artigos 31.º a 35.º, 305.º-E, 306.º-D, 306.º-E, 309.º-H, 312.º, 312.º-H, todos do Código dos Valores Mobiliários). Sem prejuízo para o relevo do tratamento mais brando que lhes é conferido, afigura-se que a conclusão se deverá afirmar quanto a todos os titulares de ações preferenciais sem direito de voto, incluindo tais investidores, com a especificidade de serem, quanto a eles, (ainda) mais prementes as cautelas garantísticas a que adiante nos referimos.

das sociedades comerciais é, portanto, afastada a exigência de consentimento mútuo (ou universal) de todos os contraentes – possibilidade que é expressamente ressalvada no artigo 406.º do Código Civil. Ora, no confronto entre a norma geral - resultante do Código Civil e acolhida pela Lei da Arbitragem Voluntária - com a norma excecional - resultante do Código das Sociedades Comerciais – deve, naturalmente, prevalecer a norma excecional. Não existe na Lei da Arbitragem Voluntária qualquer elemento que dite conclusão contrária, a natureza da convenção de arbitragem não o exige e não decorre do regime das sociedades comerciais que a cláusula compromissória estatutária não deva ser tratada como as demais cláusulas estatutárias.

Assim, entendemos que prevalece a regra do direito societário, i.e., que em virtude do princípio da maioria, salvo exceções a que nos referiremos adiante, os sócios dissidentes ficam vinculados à cláusula compromissória.

Em sentido contrário tem sido afirmado que, ao votar desfavoravelmente a adoção da cláusula compromissória estatutária, o sócio dissidente está a manifestar uma vontade expressa contrária à nova configuração adjetiva, sendo certo que a Lei da Arbitragem Voluntária exige o consentimento de todas as partes da convenção de arbitragem. Salvo melhor entendimento, parece-nos que a refutação deste tipo de argumentação resulta do que acima se expôs.

Todavia, tal não esgota o universo de objeções que têm sido levantadas à suficiência do princípio da maioria.

Por um lado, tem sido ainda argumentado que a jurisdição estadual, sendo mais garantística, configura uma prerrogativa constitucionalmente garantida aos cidadãos e que a renúncia a tal jurisdição (em rigor, às garantias jurisdicionais que ela oferece) pressupõe um consentimento consciente e expresso. Em primeiro lugar, parece-nos que essa crítica se funda num juízo incerto e meramente eventual uma vez que nada impede que as partes conformem o recurso à arbitragem e o processo arbitral de forma igualmente garantística. Em segundo lugar porque, como sustentámos noutro estudo, a natureza do consentimento²⁸ não

²⁸ Carla Borges e Miguel Lourenço e Silva, "Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein", pp. 179-183. Conforme aí sustentado, seguindo a sistematização de Orlando DE CARVALHO (ORLANDO DE CARVALHO, Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 205), o consentimento na convenção de arbitragem poderá ser

é determinante para a vinculação à cláusula compromissória – para tal apenas releva a identificação da existência de um consentimento expresso ou tácito (que, no caso, pode ser extraído da sujeição voluntária à vontade coletiva) –, mas tão somente para a conformação dos termos do processo arbitral²⁹. Em terceiro lugar, porque, como parece ser inquestionável, a equiparação constitucional entre tribunais arbitrais os tribunais estaduais (cf. artigos 20.º e 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) dita que, contrariamente ao que pressupõe este argumento, aqueles tribunais devam ser perspetivados num plano de paridade com os tribunais estaduais, e não como tribunais de segunda ordem, "fonte de perigo ou de imprevisibilidade"30.

Por outro, argumenta-se ainda que a afirmação da suficiência do princípio da maioria implicaria a admissão da imposição, aos sócios dissidentes, de uma "arbitragem necessária", o que não é permitido por lei³¹. Não nos parece que o argumento seja procedente. Em primeiro lugar porque, salvo o devido respeito, padece de um erro de colocação visto que, verdadeiramente, apenas se pode falar de arbitragem necessária quando o acesso aos tribunais estaduais é vedado por lei³², isto é, quando esta não dimana da vontade das partes, mas de lei especial que a impõe³³. Ora,

vinculante, autorizante ou tolerante, natureza que apenas poderá, no caso concreto, ser determinada em função do comportamento e posição relativa das partes. Em todos os casos haverá, contudo, o necessário consentimento para a convenção de arbitragem.

²⁹ *Idem*, pp. 179-183. Conforme aí sustentado, apenas se deve extrair da natureza do consentimento – e da correlação com a renúncia (que poderá ou não deslindar-se do contexto em que se exprimiu o referido consentimento) - consequências para a conformação do processo arbitral (em especial das garantias jurisdicionais que deverá observar). Não nos parece, por isso, que numa análise necessariamente sinépica (e não de um caso concreto perante as respetivas circunstâncias) se possa afirmar, sem mais, a não vinculação ou mesmo a invalidade da cláusula compromissória com base na natureza (putativa ou pretendida) do consentimento.

³⁰ António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, p. 349.

³¹ TERESA ANSELMO VAZ, "A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária", in António MENEZES CORDEIRO (coord.), Arbitragem Comercial - Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1048-1049.

³² Por exemplo, António Menezes Cordeiro, Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2015, p. 19.

³³ Artur Flamínio da Silva, Daniela Mirante e António Pedro Pinto Monteiro, Manual da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 15 e ss.

sendo adotada uma cláusula compromissória estatutária, o recurso aos tribunais estaduais estará – eventualmente, uma vez que a competência pode ser meramente concorrente – vedado, não por determinação legal, mas fruto da formação da vontade social. Em segundo lugar porque tal argumento parte do pressuposto de que os sócios dissidentes não consentiram no foro arbitral. Ora, ainda que não o tenham feito expressa e individualmente, a verdade é que, como vimos, estando inseridos no seio social, a vontade formada pela maioria dos sócios não deixa de os vincular³⁴ – sob pena de se negar, no momento sociedade-instituição, a

 $^{^{34}\,}$ Não ignoramos, contudo, que as especificidades da situação destes sócios chamem à colação especiais preocupações quanto à conformação do processo arbitral. Conforme sustentámos noutra sede, neste caso a arbitragem é imposta - mas não no sentido de a tornar necessária, por oposição a voluntária - aos sócios dissidentes, motivo pelo qual, sempre que não se deslinde do comportamento do sócio dissidente a renúncia às garantias jurisdicionais que lhe são conferidas pela jurisdição estadual, tal como definidas no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, deverão as mesmas ser observadas no processo arbitral. Parece-nos que esta solução é a única coerente com a afirmação da suficiência da maioria e que, simultaneamente, permite tutelar a posição jusprocessual dos sócios dissidentes. Este cariz 'imposto' da arbitragem societária, que devendo sempre ser considerado nos termos acabados de descrever, afigura-se especialmente relevante no âmbito das sociedades que, sendo ou não emitentes de valores mobiliários admitidos na negociação, apresentem uma dispersão relevante de capital social, cujo grémio social seja heterogéneo, quer em termos de poder económico, quer de sofisticação. A afirmação da suficiência da maioria, ainda que bastante para afirmar a vinculação de todos e quaisquer sócios, não pode, como é evidente, promover a desigualdade no acesso à sindicância jurisdicional de matérias jussocietárias, nem contribuir para a desigualdade de armas. Tomando como exemplo uma sociedade cotada, com grande dispersão de capital social, dever-se-á equacionar - a imposição legal de – soluções que permitam que todos os sócios (mesmo aqueles que sejam meros aforradores), independentemente da sua sofisticação e poder económico, participem ativamente no processo arbitral, nomeadamente adstringindo a sociedade a deveres de informação (detalhada) acrescidos, impondo-lhe que suporte uma porção acrescida dos custos do processo ab initio, de forma cautelar e que a composição do Tribunal Arbitral seja integralmente determinada por um terceiro independente, imparcial e capaz. Esta problemática, que não tem o alcance de afastar a conclusão aqui sufragada, suscita somente a necessidade de se refletir, detidamente, sobre a adequação, nessa tipologia de casos, da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios societários e do modo como, sendo esse o meio eleito pelos sócios, se deverá conformar o processo de modo a garantir o acesso universal em termos paritários e a igualdade de armas. Se e quando existir regulação legal expressa, como notamos adiante, deverá o legislador considerar adequadamente estas matérias e não proceder a uma regulação somente genérica e generalizante, antes consagrando

superação da vontade singular como regra fundamental do funcionamento da sociedade.

Assim, pelos motivos adiantados, não nos parece que os argumentos apontados pelos defensores da insuficiência da maioria sejam preponderantes ou sequer suficientes para abalar a posição acima sustentada³⁵.

um regime que salvaguarde os referidos interesses. Evidentemente que o que antecede não se aplicará a sócios não dissidentes, independentemente da sua qualidade jurídica, do seu poder económico e sofisticação: se concordaram expressamente com a alteração estatutária, sibi imputet, não havendo motivo para lhes conferir um tratamento mais brando.

35 Cumpre, ainda assim, acrescentar que, quanto a lugar que se pode dizer paralelo, no conhecido caso Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit (caso C-214/89), o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), tendo sido chamado a apreciar um conjunto de questões prejudiciais relativas à interpretação, validade e natureza de uma cláusula estatutária atributiva de jurisdição aos tribunais estaduais, veio a considerar que "[é] irrelevante que o sócio, em relação ao qual é invocado o pacto atributivo de jurisdição, se tenha oposto à adopção desta cláusula ou se tenha tornado sócio após a adopção da mesma. Com efeito, ao tornar-se e ao permanecer accionista de uma sociedade, este dá o seu consentimento para se submeter ao conjunto das disposições constantes dos estatutos da sociedade e às decisões adoptadas pelos órgãos da mesma, em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos, mesmo que algumas dessas disposições ou decisões não tenham o seu acordo" (parágrafos 18 e 19). Embora subjacente às considerações do TJUE esteja - acertadamente - a afirmação do princípio da maioria, parece-nos, salvo o devido respeito, que o referido Tribunal erra ao sustentar, a jusante, a vinculação de um sócio dissidente a um pacto atributivo de jurisdição usando para o efeito os seus comportamentos posteriores à adoção da deliberação que altera os estatutos, neles o incluindo o pacto de jurisdição. De facto, parece-nos excessivo considerar que o sócio dissidente fica vinculado a uma deliberação contra cuja adoção votou simplesmente porque, apesar disso, se manteve na sociedade. Levado ao extremo, o raciocínio do TJUE levaria a concluir pela - quasi - obrigatoriedade da desvinculação/exoneração de um sócio dissidente. Por outro lado, o raciocínio do Tribunal é igualmente insatisfatório para responder à vinculação (ou ausência dela) no período entre a adoção da cláusula estatutária e a efetiva desvinculação do sócio dissidente. Assim, parece-nos que a vinculação de um tal sócio, como temos vindo a sustentar no corpo, não pode decorrer de outro fundamento que não o princípio da maioria, enquanto regra fundamental organizativa e funcional das sociedades comerciais. Ainda que sustentando conclusão diversa, contrária à suficiência do princípio da maioria, o Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça Alemão), partindo de uma colocação idêntica à do TJUE quanto à relevância da permanência do sócio dissidente na sociedade, veio introduzir um elemento mitigante na ponderação da vinculação deste: a razoabilidade da exigência da sua desvinculação da sociedade – aferida de acordo com a existência ou ausência de danos emergentes da desvinculação da sociedade –, notando que, perante determinadas circunstâncias, daí se poderia inferir o consentimento (BGH, 03.04.2000 - II ZR 373/98).

Mas bastará a afirmação da suficiência do princípio da maioria para afirmar, sem mais, a vinculação dos sócios dissidentes à cláusula compromissória e, por isso, ao foro arbitral? A resposta é negativa, pelo menos teoricamente.

De facto, embora o referido princípio (sendo a exceção face à Lei da Arbitragem Voluntária e ao Código Civil) seja a regra no domínio societário, exigências de proteção dos sócios (e mesmo de terceiros) ditam, em determinados casos, o seu afastamento. Exemplo paradigmático é o caso da criação ou aumento de obrigações impostas aos sócios (cf. artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais).

A questão que se coloca – e que constitui um potencial entrave (desta feita, de cariz *jussocietário*) à vinculação dos sócios dissidentes – é, por isso, a de saber se a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos importa ou não a imposição aos sócios de novas obrigações.

Dispõe o artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais que "[s]e a alteração envolver o aumento das prestações impostas pelo contrato aos sócios, esse aumento é ineficaz para os sócios que nele não tenham consentido"³⁶. Tal disposição aplica-se à consagração nos estatutos de qualquer nova prestação devida pelos sócios ou ao incremento objetivo ou subjetivo de uma prestação já anteriormente prevista³⁷, tendo como objetivo "evitar que um sócio venha, de forma inesperada, a ser obrigado a contribuir

Mais detidamente sobre este caso, veja-se, António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, pp. 350 e 351; e Afonso Scarpa, "Consent in Corporate Arbitration: The Special Case of Dissenting Shareholders", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano XI, n.º 1/2, Almedina, Coimbra, 2019.

³⁶ Não consideramos, neste âmbito, o n.º 1 do referido preceito, que dispõe sobre a atribuição de efeito retroativo às deliberações dos sócios, porque nos parece ser uma questão menos relevante do ponto de vista teórico e prático, até porque nas hipóteses mais evidentes e equacionáveis, a atribuição de efeito retroativo à cláusula compromissória estatutárias colidiria com a proibição do desaforamento prevista no artigo 39.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

³⁷ DIOGO COSTA GONÇALVES E FRANCISCO MENDES CORREIA, "Anotação ao artigo 86.º do Código das Sociedades Comerciais", in António Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.º edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 384. Veja-se, também, Paulo de Tarso Domingues, "Anotação ao artigo 86.º do Código das Sociedades Comerciais", in Jorge Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II, 2.º edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 30.

com o que não tem, para a sociedade"38. A lei, aponta, por isso, para a necessidade de consentimento para a afetação material, de cariz incremental-quantitativo, do status socii. Ora, não nos parece que se possa afirmar, com acerto, que a cláusula compromissória estatutária imponha qualquer prestação nova (ou implique o acréscimo de uma prestação já prevista nos estatutos) aos sócios, nem que a sua ineficácia perante os sócios dissidentes corresponda ao cumprimento da ratio da norma.

Ao invés, entendemos acertado o entendimento de que a referida cláusula apenas tem por efeito "dar outra configuração à dimensão processual dos direitos dos sócios"39, sem qualquer impacto inovatório ou quantitativo no conteúdo material dos mesmos, motivo pelo qual se afigura que a modificação dos estatutos para neles se inserir tal cláusula é neutra.

De igual modo, não nos parece que se possa, independentemente da posição que se tome quanto à natureza (não) prestacional dos seus efeitos, afirmar, em geral, que a inserção de uma cláusula compromissória estatutária implique onerosidade acrescida para os sócios. De facto, tal circunstância poderá ou não ser verdadeira, tudo dependendo do caso concreto, uma vez que, pelo menos no que concerne às custas do processo, casos haverá em que, fruto da regulação constante do Regulamento das Custas Processuais - e do valor do litígio -, as custas judiciais excedam largamente os custos incorridos pelas partes com o processo arbitral⁴⁰. Não nos parece, por isso, que os argumentos fundados na onerosidade do processo arbitral possam, com propriedade, sustentar a ineficácia da cláusula compromissória estatutária perante os sócios dissidentes⁴¹.

³⁸ PAULO OLAVO CUNHA, Direito das Sociedades Comerciais, 2016,p. 330.

³⁹ António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, p. 372.

⁴⁰ Dependendo da dispensa (ou não) do remanescente da taxa de justiça, da composição do Tribunal Arbitral e, bem assim (no caso de a arbitragem ser institucionalizada), do centro de arbitragem escolhido pelas partes, o recurso à arbitragem pode mostrar-se menos oneroso para litígios cujo valor seja superior a um milhão de euros. A adequabilidade de uma tal solução adjetiva deverá, por isso, ser avaliada pelos sócios, nomeadamente em função da dimensão económica da empresa, e não negada em abstrato.

⁴¹ Poder-se-ia sempre fazer um argumento ad absurdum: se levada às suas últimas consequências, a argumentação em torno da onerosidade redundaria na perspetivação do artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, como um limite geral à prática de quaisquer atos com relevo económico para a sociedade e, por isso, mediatamente, para os sócios: por exemplo, dir-se-ia que a gerência ou administração de uma sociedade não poderia

Ainda que se tenha estabelecido a neutralidade da cláusula compromissória estatutária, tal significa que todos os sócios a ela estão vinculados? A resposta é positiva, mas unicamente porque a questão (já) não é a relevante. De facto, existe um outro preceito societário que, se bem ponderado, limita o âmbito - desta feita não subjetivo, mas objetivo – da cláusula compromissória estatutária. A questão é, por isso, a de saber se sendo adotada a referida cláusula, poderão (e deverão) ser sindicados em arbitragem todos os litígios potencialmente emergentes da relação jussocietária? A resposta, parece-nos, é negativa.

Recorde-se que, a propósito da análise da 'neutralidade' da cláusula compromissória estatutária, se afirmou que esta decorria, desde logo, do facto de a referida cláusula apenas ter como efeito alterar – sem qualquer impacto material inovatório ou quantitativo – a configuração processual do status socii⁴² (enquanto posição jurídica duradoura e dinâmica à qual se subsume o feixe de situações jurídicas atinentes ao sócio). Ora, casos existirão em que nesse status socii se incluam direitos especiais. A questão é, pois, a de saber se pode, contra a vontade de um sócio dissidente, ser alterada a dimensão jurídico-processual de um direito especial de que aquele é titular.

Para o efeito, deve ter-se presente que por direitos especiais, preferentes ou prioritários deve entender-se "[o]s direitos (...) [que] são atribuídos pelo contrato de sociedade a um ou mais sócios (cfr. art. 24º, nº 1), conferindo-lhes uma vantagem relativamente aos demais"⁴³ e que o artigo 24.º do Código das Sociedades Comerciais dispõe que "[o]s direitos especiais não podem ser suprimidos ou coartados sem o consentimento do respetivo titular, salvo regra legal ou estipulação contratual expressa em contrário"44 e que o artigo 55.º do mesmo diploma dispõe que "[s] alvo disposição legal em contrário, as deliberações tomadas sobre assunto para o qual a lei exija o consentimento de

assumir obrigações sem que tal fosse aprovado pelos sócios, sob pena de ser perante estes ineficaz. Manifestamente, não é esse o sentido do preceito, nem é razoável interpretá-lo desse modo.

⁴² Para maior desenvolvimento, veja-se, Diogo Costa Gonçalves, Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais - A Posição Jurídica dos Sócio e a Delimitação do Statuo Viae, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 348 e ss.

⁴³ PAULO OLAVO CUNHA, Direito das Sociedades Comerciais, 2016, p. 329.

⁴⁴ Solução que já havia sido estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça em Assento de 26 de junho de 1961.

determinado sócio são ineficazes para todos enquanto o interessado não der o seu acordo, expressa ou tacitamente". Significa isto que, salvo disposição legal ou contratual em sentido contrário, a afetação dos direitos especiais está submetida a um regime de consentimento necessário do seu titular, sob pena de a deliberação adotada com tal escopo ser ineficaz. Evidentemente que essa ineficácia apenas se verifica perante os direitos especiais que sejam inderrogáveis⁴⁵. Caso sejam derrogáveis – por existir disposição legal ou contratual habilitante - a sua configuração processual poderá ser modificada mesmo sem o consentimento do seu titular. Ainda que o desvalor jurídico legalmente determinado seja, a final, o mesmo que é cominado pelo artigo 86.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, a verdade é que, na sua génese, encontra-se um racional distinto daquele que subjaz à criação ou aumento das obrigações impostas aos sócios pelos estatutos⁴⁶, uma vez que, neste caso, está em causa uma porção do status socii que é de feição singular ou individual, as mais das vezes configurada para defesa dos interesses próprios ou exclusivos de um dos sócios⁴⁷.

Aqui chegados, estabelecido o âmbito subjetivo e objetivo da cláusula compromissória estatutária, afigura-se relevante notar que a afirmação da suficiência do princípio da maioria importa a aceitação de outro efeito, para além da 'mera' vinculação ao (recurso ao) foro arbitral.

Esse efeito mostra-se especialmente relevante 48-49. Dispõe o artigo 61.º do Código das Sociedades Comerciais que "[a] sentença que declarar nula

⁴⁵ Sobre a diferença entre direitos especiais derrogáveis e inderrogáveis, veja-se RAÚL VENTURA, "Direitos Especiais dos Sócios", in O Direito, n.º 121, 1989, p. 213.

⁴⁶ Explicitando a diferença de ratio entre as normas, veja-se Paulo Olavo Cunha, Direito das Sociedades Comerciais, 2016, p. 330.

⁴⁷ A. FERRER CORREIA, A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais, Coimbra Editora, Coimbra, 1963, p. 96.

⁴⁸ Nomeadamente porque, vigorando a regra da irrecorribilidade e não se mostrando suscetível de alteração nos termos do disposto no artigo 45.º da Lei da Arbitragem Voluntária, a sentença transita imediatamente em julgado (cf. artigo 42.º, n.º 7, da Lei da Arbitragem Voluntária). Trata-se, por isso, de um 'imediatismo' que não existe perante a jurisdição estadual, onde é até possível que um sócio ou membro de um órgão social, mesmo sem ter participado na instância anulatória, deduza recurso da sentença proferida pelo tribunal de primeira instância (cf. artigo 631.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

⁴⁹ Isto, apenas num cenário em que a cláusula compromissória estatutária abrange a impugnação de deliberações sociais e assumindo a admissibilidade de tal estipulação. Não

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". Significa isto que a lei, partindo da constatação de que, sendo uma deliberação social juridicamente imputável à sociedade comercial, se impõe imediata e automaticamente a todos os sócios⁵⁰⁻⁵¹, dispõe que também a sentença que declare a nulidade de ou anule uma tal deliberação ou sustente a sua validade é eficaz (forma e tem autoridade de caso julgado) perante os sócios que não tenham intervindo na demanda anulatória e

nos parece que haja qualquer impedimento legal à aceitação da arbitrabilidade objetiva da validade das deliberações sociais.

⁵⁰ Exceção feita, naturalmente, ao disposto, *inter alia*, nos artigos 24.º, n.º 5 e 86.º, n.ºs 1 e 2, ambos do Código das Sociedades Comerciais.

⁵¹ Poder-se-á, na esteira de Alberto dos Reis, adiantar duas justificações para o referido regime excecional, a saber: (i) tal norma justifica-se porque os sócios, sendo terceiros juridicamente interessados, são titulares de uma relação jurídica que é concorrente da que foi submetida a apreciação em arbitragem, motivo pelo qual a decisão aí proferida produz, sobre estes, efeitos, ainda que sejam terceiros quanto à instância arbitral (cf. José Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pp. 159-160), ou (ii) embora os sócios não litigantes sejam pessoas físicas distintas dos sócios litigantes, são a mesma pessoa do ponto de vista da qualidade jurídica (cf. José Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 98). Com o devido respeito, nenhuma das justificações apontadas nos parece adequada. A primeira, porque facilmente sucederá que sócios de uma determinada sociedade possam estar em posições antagónicas perante uma determinada deliberação social. Basta para o efeito equacionar o caso de sócios que não tenham votado no sentido que fez vencimento, se tenham abstido ou não pudessem ter votado por estar impedidos. A segunda porque, verdadeiramente, não se pode afirmar que haja identidade jurídica entre os sócios visto que são titulares de participações sociais distintas, ainda que seja possível o seu status socii compreender direitos e obrigações de conteúdo absolutamente idêntico. Ao invés, parece--nos acertado o pensamento de Pinto Furtado. Por um lado, o regime excecional encontra justificação objetiva enquanto corolário do princípio da maioria. Não faria sentido afirmar-se o princípio da maioria para efeitos de vinculação dos sócios às deliberações adotadas e, sendo estas sindicadas, não prever uma solução que permita à decisão que vier a ser tomada pelo tribunal competente ter semelhante alcance (subjetivo) (Jorge Pinto Furtado, Deliberações de Sociedades Comerciais, 2005, pp. 813 e 814) e, por outro, no princípio da concentração do processo, destinado a evitar que a decisão produza efeitos apenas quanto a alguns dos sócios (obviando ao risco de decisões contraditórias e à artificial repetição da causa material). No mesmo sentido, Paula Costa e Silva, "Arbitrabilidade e Tutela Coletiva das Deliberações Sociais", in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 389.

perante os membros dos órgãos sociais (verdadeiros terceiros perante a relação processual), que ficam impedidos de repetir a causa.

Conterá este regime - verdadeiramente excecional (uma vez que estende o efeito de caso julgado a quem poderá não ter feito parte da demanda) - algum subsídio para conclusão diversa da acima propugnada⁵²? Entendemos que não, por duas ordens de motivos. Por um lado, como referido, o referido regime mais não é do que uma decorrência natural (e indispensável) do princípio da maioria (e também do princípio da concentração do processo⁵³), sendo uma das consequências da participação na sociedade. Por outro, é a única solução que permite acautelar a integridade do processo arbitral, sob pena de a decisão tomada produzir efeitos apenas perante os sócios que tenham participado no processo arbitral. Tal seria especialmente incompreensível no caso de estar a ser sindicada a validade de uma deliberação social⁵⁴. Dita, contudo, que no âmbito da Arbitragem Societária se deva ser especialmente cauteloso e que se reequacione o paradigma da confidencialidade e da estabilidade

⁵² Esta questão apenas se coloca no caso de se entender que o artigo 61.º do Código das Sociedades Comerciais também é aplicável às decisões arbitrais e não apenas às decisões judiciais. Julgamos que não é razoável defender a sua não aplicação, pelos mesmos motivos que sustentamos que o seu regime excecional não dita o afastamento da suficiência da maioria. Sem prejuízo, entendemos ser avisado o raciocínio de SAMPAIO CARAMELO, ao notar que a extensão dos limites subjetivos do caso julgado emergente da decisão arbitral que sindique a validade de uma deliberação social só é possível se e quando forem postos à disposição de todos os sócios e membros dos órgãos sociais meios para, querendo, intervir no processo arbitral (António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, pp. 378 e 379). Ainda que a possibilidade de intervenção não nos pareça ser a justificação objetiva do regime - neste aspeto discordamos do referido autor -, parece-nos que, ainda assim, não deixa de ser um pressuposto da sua aplicação no caso concreto.

⁵³ Veja-se, a este respeito, o disposto no artigo 60.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais: "[h]avendo várias acções de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do n.º 2 do artigo 275.º do Código de Processo Civil".

⁵⁴ No mesmo sentido, explica PAULA COSTA E SILVA: "(...) seria incongruente que a deliberação fosse anulada ou declarada nula e que a decisão que decreta esse efeito tivesse eficácia restrita às partes na ação - v.g., um sócio e a sociedade - continuando, necessariamente, a considerar-se válida no confronto da sociedade e dos demais sócios" (PAULA COSTA E SILVA, "Arbitrabilidade e Tutela Coletiva das Deliberações Sociais", 2011, p. 389).

subjetiva inicial da 'instância' arbitral, impondo não só que o processo deva ser levado ao conhecimento de todos os sócios e de todos os membros dos órgãos sociais, bem como que estes, querendo, possam intervir no processo (idealmente, antes da constituição do Tribunal Arbitral, em que devem poder participar)55-56.

À luz desta norma, e tendo concluído pela vinculação dos dissidentes, afigura-se que se justifica que todas as arbitragens iniciadas ao abrigo da cláusula compromissória estatutária sejam levadas ao conhecimento dos sócios, dessa forma garantindo que lhes é concedida a possibilidade de participar no processo e, bem assim, que lhes seja concedido o direito de contribuir para a composição do litígio e, ulteriormente, para os termos do caso julgado emergente da decisão.

⁵⁵ Esta temática foi apreciada pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça Alemão) – BGH, 03.04.2000 – II ZR 373/98 – que, na sua jurisprudência, definiu um conjunto de requisitos para a extensão subjetiva do caso julgado: (i) a adoção da cláusula compromissória estatutária ter sido votada unanimemente pelos sócios ou ter sido acordada por todos em documento autónomo; (ii) a obrigatoriedade da comunicação da existência do processo arbitral a todos os sócios, permitindo-lhes que intervenham dentro de um determinado hiato temporal contado desde o início do processo; (iii) concessão a todos os sócios do direito a participar na escolha dos árbitros, a menos que a cláusula defina a composição do Tribunal Arbitral ou cometa a sua definição a um terceiro neutro e independente ou, em caso de pluralidade de partes, ser a composição do Tribunal definida por voto maioritário; e (iv) todas as questões de facto e de direito idênticas sobre a validade de uma deliberação concreta devem ser decididas pelo mesmo Tribunal Arbitral. Sobre esta jurisprudência, veja-se, mais detidamente, Anja Mayer e Heppner Heiko, "The Arbitrability of Disputes Over the Validity of Shareholder Resolutions of Limited Liability Companies under German Law - Comentários ao Julgamento do Supremo Tribunal Federal Alemão ao Recurso II ZR 255/08", in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. VII, n.º 24, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pp. 311-346.

⁵⁶ Elaborando sobre as condições que devem ser preenchidas para que seja que admissível a arbitrabilidade da validade de deliberações sociais, veja-se, António Sampaio CARAMELO, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, pp. 375-398. As condições indicadas pelo autor são: (i) a possibilidade de intervenção de terceiros; (ii) a possibilidade de intervenção na composição do Tribunal Arbitral; (iii) a prestação de informação aos sócios; (iv) a preclusão de outras ações arbitrais com o mesmo objeto; e (v) a decisão ser tomada segundo o direito constituído.

III. A Vinculação dos Adquirentes e dos Membros dos Órgãos Sociais

À semelhança das situações abordadas no capítulo anterior, pode ainda (em tese) colocar-se a questão de saber se o adquirente (em sentido lato) (i) pela mera aquisição de uma participação social - quer seja em mercado regulamentado⁵⁷, quer seja fora de tal mercado -, ou (ii) pela subscrição de participações sociais emitidas no âmbito de um aumento de capital, ou (iii) até pela receção de participações sociais fruto de uma relação de troca de participações, fica vinculado à cláusula compromissória estatutária. A resposta é afirmativa para os três casos.

Quanto ao primeiro caso, como dissemos noutro estudo, "[a]o adquirir participações sociais de uma sociedade que contém nos seus estatutos uma cláusula compromissória, o novo sócio vê surgir na sua esfera jurídica um novo feixe de direitos e obrigações que integram o seu (novo) status socii, tal como decorrentes da lei e do pacto social, não podendo tal aquisição ser feita com reservas que o isentem de estar vinculado a qualquer disposição estatutária. No caso, tal feixe inclui uma específica configuração da dimensão processual, não sendo necessária a aceitação ou adesão a qualquer das cláusulas estatutárias específicas"58-59-60. Ora,

⁵⁷ A este respeito, veja-se Paulo de Tarso Domingues, "A Arbitrabilidade de Litígios Societários", 2016, p. 251.

⁵⁸ CARLA BORGES e MIGUEL LOURENÇO E SILVA, "Confidencialidade Fora de Pista: Consentimento e Renúncia a Garantias Jurisdicionais na Arbitragem à Luz do Caso Pechstein", p. 193.

⁵⁹ No mesmo sentido, referindo para o efeito doutrina alemã, veja-se, PEDRO MAIA, "Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva",2017., p. 60. Veja-se, ainda, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, pp. 368-370; Teresa Anselmo Vaz, "A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária", 2019, p. 1046; e Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Governo de Sociedades, Almedina, Coimbra, 2017, p. 290.

⁶⁰ Em sentido divergente quanto às sociedades anónimas, Paulo de Tarso Domingues, "A Arbitrabilidade de Litígios Societários", 2016, p. 251. No tocante às sociedades por quotas, entende o autor que, por efeito do disposto 286.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, a adesão à cláusula compromissória é imposta por lei aos novos sócios, motivo pelo qual sustenta conclusão diversa para esse tipo social. Embora não exista preceito idêntico para as sociedades anónimas, não nos parece que seja possível distinguir entre os tipos societários, visto que não é permitido subscrever capital realizando reservas aos estatutos da sociedade.

parece-nos que a mesma lógica se deve aplicar aos segundo e terceiro casos.

De facto, ao (aceitar) subscrever participações emitidas no âmbito de uma operação de aumento de capital, o novo sócio fá-lo sem qualquer possibilidade de fazer reservas quanto ao teor dos estatutos. O seu novo status socii integrará, inelutavelmente, a configuração processual definida pelo coletivo dos sócios. De igual modo, no caso de ser deliberada a fusão ou a cisão de sociedades, os sócios - fruto da relação de troca de participações – receberão participações sociais da sociedade resultante e o seu novo status socii integrará a configuração processual definida nos estatutos da sociedade resultante. Em coerência com o que acima se sustentou quanto à vinculação dos sócios dissidentes, fruto da suficiência da maioria, a cláusula compromissória vinculará os sócios dissentes da própria fusão e que não tenham exercido o direito de exoneração⁶¹.

No que concerne à vinculação dos membros dos órgãos sociais à cláusula compromissória estatutária, a resposta da doutrina tem sido a de que os membros dos órgãos sociais se encontram vinculados à referida cláusula⁶². O fundamento geralmente apontado é o de que ao aceitar desempenhar o cargo, o membro do órgão social fá-lo aceitando o teor dos estatutos da sociedade, nessa medida (ainda que tacitamente) aceitando a cláusula compromissória, ficando a partir desse momento vinculado 63-64. Embora nos pareça que o fundamento da sua vinculação é precisamente esse, cremos, contudo, que o próprio fundamento da vinculação determina a necessidade de destrinça de duas situações, a saber: (i) o caso de a cláusula compromissória ter sido inserta nos estatutos na pendência

⁶¹ Cf. artigo 105.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁶² Neste sentido, veja-se, PEDRO MAIA, "Cláusulas Arbitragem Societária: Presente e Prospectiva", 2017, pp. 61 e 62; António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, p. 372; Teresa Anselmo Vaz, "A Validade de Cláusula Arbitral Estatutária", 2019, p. 1047; e ainda Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo de* Sociedades, 2017, p. 290.

⁶³ Indo mais longe, Ana Perestrelo de Oliveira defende que "a cessação da qualidade de (...) titular de órgão social não afasta a vinculação à cláusula compromissória relativamente a litígios respeitantes à validade ou eficácia da cessação, bem como dos factos inerentes àquela qualidade, ainda que ulteriores à cessação". Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de Governo de Sociedades, 2017, p. 290.

⁶⁴ Em sentido divergente, Paulo de Tarso Domingues, "A Arbitrabilidade de Litígios Societários", p. 250.

do mandato e (ii) o caso de a cláusula compromissória já ter sido inserta nos estatutos no momento em que se iniciou o mandato.

Ora, o segundo caso corresponde, precisamente, àquele que é perspetivado pela doutrina e quanto ao qual, sem dúvidas, se afirma a vinculação dos membros dos órgãos sociais. Todavia, no primeiro caso, se o membro do órgão social não for também sócio, a sua posição é materialmente distinta uma vez que quando aceitou o cargo a configuração processual que decorria dos estatutos era distinta. Ainda que os membros dos órgãos sociais devam respeitar as deliberações dos sócios - sendo, em rigor, fiduciários de um património societariamente organizado⁶⁵ -, não nos parece que os sócios possam, sem o consentimento destes, alterar o seu estatuto jurídico, nomeadamente a configuração processual dos seus direitos e poderes (estatuto jurídico ativo)⁶⁶ e deveres e responsabilidade (estatuto jurídico passivo)⁶⁷. Julgamos que neste âmbito não vigorará a suficiência da maioria, mas sim a necessidade de consentimento do titular da posição jurídica. Não será razoável sustentar posição diversa, visto que tal significaria determinar aos membros dos órgãos a vinculação a uma nova configuração processual contra a sua vontade, impondo-lhes como única forma de a essa configuração não ficarem vinculada a cessação o seu mandato. Como facilmente se compreende, não é equitativo exigir a cessação do mandato⁶⁸.

⁶⁵ O que poderia apontar no sentido de se justificar a sua vinculação à cláusula compromissória, mesmo que inserta na pendência do seu mandato.

⁶⁶ José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades*, 2016, p. 327.

⁶⁷ Idem, p. 330.

⁶⁸ A respeito da vinculação dos membros dos órgãos sociais, esclareça-se que, em termos gerais, nos parece que, à semelhança do que notámos acima a respeito dos sócios (dissidentes) que sejam investidores não profissionais, se e quando existir regulação legal expressa, dever-se-á prevenir o potencial 'belicizante' da arbitragem societária quanto a disputas entre a sociedade e os membros dos seus órgãos sociais. Mais uma vez, a preocupação subjacente é a de evitar que a arbitragem constitua meio de promoção da desigualdade no acesso à sindicância jurisdicional de matérias jussocietárias e que contribua para a desigualdade de armas. Será avisado que se considere adotar um regime nos termos do qual os custos com o processo arbitral a suportar inicialmente pelos membros dos órgãos sociais sejam limitados (por exemplo, só lhes sendo exigível que suportem uma quantia equivalente à média das suas remunerações ao longo do mandato, ou o seu dobro), suportando a sociedade o seu remanescente até que haja decisão quanto à alocação de custos. Uma tal solução dissuadiria o recurso, pela sociedade, a arbitragens puramente bélicas e salvaguardaria os direitos

IV. Síntese conclusiva e perspetiva de futuro

Nos capítulos precedentes procurou-se, com base no direito constituído, deslindar os termos em que os sócios dissidentes, os adquirentes e os membros dos órgãos sociais se devem considerar vinculados a uma cláusula compromissória supervenientemente inserida nos estatutos. Para o efeito, e no fundo, sustentámos, por um lado, a suficiência da maioria e, por outro, que a entrada na sociedade implicava a aceitação do teor dos seus estatutos, tendo concluído, nos termos explicitados, pela vinculação de todos estes sujeitos ou categorias de sujeitos⁶⁹. Trata-se, como decorre da doutrina referida, de uma posição que suscita dúvidas e críticas cuja razoabilidade não se discute, ainda que se discorde.

Apenas uma conclusão parece indiscutível para todos: urge regular especificamente a Arbitragem Societária, por forma a colocar termo às atuais dúvidas interpretativas e, de uma vez por todas, viabilizar este meio alternativo de resolução de litígios societários.

Note-se, contudo, que a dificuldade a que nos referimos não se restringe à realidade nacional, sendo transversal a várias jurisdições⁷⁰ onde a questão foi amplamente discutida e que optaram por resolver as divergências através de regulação legal expressa. Sem pretensões de representatividade ou completude, destacamos duas jurisdições que adotaram legislação coincidente, grosso modo, com o entendimento acima sufragado quanto ao direito constituído português e que poderão oferecer pistas quanto a como regular a Arbitragem Societária.

O legislador italiano, através do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003, veio acolher a suficiência da maioria, ao dispor que é permitido às sociedades comerciais, exceção feita "às que recorrem ao mercado de capitais"71, submeter à decisão de um Tribunal Arbitral todos os

adjetivos do membro do órgão social, sem minar a possibilidade de haver, a final, efetiva composição material, incluindo quanto aos custos.

⁶⁹ Excecionámos, recorde-se, os membros dos órgãos sociais cujo mandato se havia iniciado antes da inserção de tal cláusula nos estatutos.

⁷⁰ Para uma análise de várias jurisdições, veja-se, António Sampaio Caramelo, "Arbitragem de Litígios Societários", 2013, pp. 355 a 367.

⁷¹ Trata-se de uma solução mais restritiva do que a que propomos acima, visto que exclui a arbitragem como meio de resolução de litígios para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos na negociação.

litígios que surjam entre sócios ou entre estes e a sociedade⁷², incluindo os litígios que os oponham aos administradores⁷³, bastando para o efeito que a cláusula compromissória seja inserida nos estatutos através de deliberação aprovada por votos equivalentes a pelo menos dois terços do capital social⁷⁴. Não obstante, o legislador italiano relevou-se sensível quanto à posição dos sócios dissidentes, tendo disposto que estes podem, no prazo de noventa dias, exercer o direito à exoneração⁷⁵. O legislador italiano teve ainda a preocupação de regular a constituição do tribunal arbitral, tendo em vista a paridade entre os sujeitos societários⁷⁶.

A suficiência da maioria foi igualmente acolhida pelo legislador espanhol. Dispõe o artigo 11bis da Ley 60/2003, de 23 de dezembro (e que foi introduzido em 2011⁷⁷) que é permitido às sociedades comerciais submeter à decisão de um Tribunal Arbitral todos os litígios societários⁷⁸, bastando para o efeito que a cláusula compromissória seja inserida nos estatutos através de deliberação aprovada por votos equivalentes a pelo menos dois terços do capital social⁷⁹⁻⁸⁰.

Embora em Portugal ainda se esteja perante uma total ausência de regulação específica - motivo pelo qual se tem de recorrer ao cotejo entre o direito societário e o direito da arbitragem para encontrar as soluções necessárias, sempre sem a clareza desejável para garantir a segurança jurídica - a verdade é que a Associação Portuguesa de Arbitragem

⁷² Cf. Artigo 34.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷³ Cf. Artigo 34.º, n.º 4, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁴ Cf. Artigo 34.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Cf. Artigo 34.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de janeiro de 2003.

⁷⁷ Pela Ley 11/2011, de 20 de maio.

⁷⁸ Cf. Artigo 11*bis*, n.º 1, da Ley 60/2003 de 23 de dezembro.

⁷⁹ Cf. Artigo 11*bis*, n.º 2, da Ley 60/2003 de 23 de dezembro.

⁸⁰ Note-se, contudo, que se trata de uma solução contrária à anteriormente sustentada pela jurisprudência espanhola. De facto, em Acórdão de 9 de julho de 2007, o Supremo Tribunal Espanhol - Sala de lo Civil - em apreciação do recurso n.º 3011/2000 veio concluir que: "La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados."

("APA") apresentou, em meados de 2016, um projeto de regime jurídico da Arbitragem Societária⁸¹, no qual se pretendia regular não só o âmbito subjetivo⁸² e objetivo⁸³ da cláusula compromissória, como ainda os termos em que se deveria desenrolar o processo arbitral⁸⁴. Em face desse primeiro importante e meritório impulso, deveria o legislador português atalhar caminho e regular a Arbitragem Societária, de um modo que, fomentando esse importante mecanismo de resolução alternativa de litígios - contribuindo, inter alia, para a celeridade da justiça societária -, não desconsidere a heteronomia do tecido societário nacional (tratando por igual situações materialmente distintas) e que permita, casuisticamente, acomodar as melhores soluções para a sociedade que adota a cláusula compromissória, para os seus sócios e membros dos órgãos sociais, sem, com isso, comprometer a efetividade do processo arbitral.

Evidentemente, trata-se um equilíbrio delicado, mas que se poderá procurar alcançar através da consideração de alguns fatores objetivos, relevados noutras latitudes do ordenamento, como a dimensão da sociedade e da sua atividade, o número de sócios, o caráter capitalístico ou personalístico da própria sociedade e das participações dos sócios e a complexidade da sua estrutura de governação, inter alia. Cremos que existe, contudo, uma premissa fundamental: quanto mais abrangente for o leque de sujeitos compreendidos no seio social, e quanto mais complexo este se apresente, mais intensas devem ser as exigências legais em torno da Arbitragem Societária, em especial no que concerne à universalidade e integridade dos processos arbitrais iniciados ao abrigo de cláusulas compromissórias estatutárias.

⁸¹ Disponível para consulta em: https://a.storyblok.com/f/46533/x/644d9d61e0/ discussao-ante projeto-diploma-legislativo-regras-arb-materia-societaria.pdf.

⁸² Cf. Artigo 2.º do Projeto da APA.

⁸³ Cf. Artigo 1.º do Projeto da APA.

⁸⁴ Cf. por exemplo, os artigos 3.º, 4.º, 6.º e 8.º do Projeto da APA.