



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

TRABALHO FINAL

MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

**A Arbitrabilidade da Ação de Exclusão de Sócio
numa Sociedade por Quotas com Dois Sócios**

Maria Francisca da Silva Neves Palhinhas Afonso

Trabalho Final realizado sob a orientação do Professor Doutor Rui Pinto Duarte, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

Lisboa, Março de 2016

“Só não tem inimigos quem não tem valor.”

Para os meus pais e irmãos,
Por todos os anos de presenças ausentes.

Agradecimentos

Na elaboração deste trabalho contei com a colaboração de várias pessoas. A todas elas o meu mais sincero agradecimento.

Começo por agradecer ao Professor Rui Pinto Duarte que foi tudo, e talvez mais, que um orientador pode ser. Agradeço-lhe o apoio, a sinceridade e a dedicação com que sempre cuidou de todos os meus trabalhos, e de mim. Agradeço-lhe também todos os conhecimentos que transmitiu, sem os quais a realização deste trabalho não teria sido bem-sucedida. Mais lhe agradeço a paciência que teve comigo ao longo destes dois anos de Mestrado.

Agradeço ao Dr. José António Miranda Dias a amizade, o conhecimento que me transmitiu nos últimos quatro anos bem como o apoio incondicional na elaboração deste trabalho. Todos os seus ensinamentos de arbitragem culminaram nesta obra. Agradeço-lhe também o que me ajudou a crescer profissionalmente, ensinou-me muito, e eu guardo tudo. Muito Obrigada.

À minha patrona, Dra. Cristina Coisinha, agradeço ter-me mostrado o mundo do Direito. Mais lhe agradeço ter-me guiado quando me perdia.

Agradeço à Dra. Ana Paula Matos Martins todas as consultas jurídicas fora de horas. O seu conhecimento é um bem precioso.

Agradeço ao João Pedro Oliveira, ilustre funcionário da Biblioteca da Ordem dos Advogados de Lisboa, pela sua constante disponibilidade, por todos os *e-mails* “urgentes” que leu e respondeu prontamente, por toda a bibliografia criteriosamente organizada, pela paciência em acorrer a todos os meus pedidos, ainda que a na sua grande maioria fossem realizados fora de horas.

Aos técnicos do Centro de Cópias do Espaço Chiado agradeço nunca me terem dito que não. Sem a vossa disponibilidade e diligência muitos prazos se tinham perdido.

Agradeço a todos os meus amigos terem sempre acreditado em mim.

À minha avó, Natércia Silva Neves, agradeço ter-me sempre elevado bem alto. Foi por ela que cresci tanto!

Agradeço aos meus pais, António Palhinhas Afonso e Sónia Silva Neves Afonso, por tudo.

Por nunca me terem deixado desistir, por sempre me terem apoiado, por me terem tornado na mulher que sou hoje.

Agradeço a força que me deram, e a perseverança que me ensinaram. Agradeço a humildade, mas também o orgulho com que sempre me ensinaram a enfrentar cada etapa da minha vida. Agradeço terem estado presentes, sempre ao meu lado sem nunca me abandonar.

Agradeço por serem meus pais, e por ser vossa filha. O meu mais profundo e sincero obrigado. Sem vós nada seria possível.

À minha irmã, Maria Madalena, agradeço do fundo do coração o seu sorriso. Pois é por ele que corro o mundo todos os dias.

Ao meu irmão, António Maria, agradeço as asas que me dá para eu voar, pois é com elas que sonho.

Ao meu namorado, João Pedro Soeiro, agradeço a presença. Acompanha-me até quando estou sozinha...mesmo quando tudo o resto desaparece.

Sou grata por contar com todos Vós. Muito obrigada!

Índice

Índice	5
Modo de Citar	6
Abreviaturas	7
Introdução	8
1. Exclusão de Sócio nas Sociedades por Quotas	10
1.1 Regime Jurídico	11
1.2 Fundamento Jurídico do Direito de Exclusão de Sócio	13
1.3 Regime de Exclusão – Especificidades nas Sociedades com dois Sócios	16
1.3.1 Necessidade de Deliberação – Um preciosismo?	17
1.3.2 Legitimidade	21
2. A Arbitragem – Regime Jurídico e Natureza	23
2.1 Convenção de Arbitragem	28
2.1.1 Subscrição de Convenções Arbitrais pelos Sócios	30
2.2 A Arbitrabilidade do Litígio - Requisito Prévio	32
2.2.1 Critérios da Lei de Arbitragem Voluntária de 2011	33
2.2.1.1 Ordem pública	34
2.2.1.2 Disponibilidade e Transigibilidade – O critério da LAV de 1986	36
2.2.1.3 Patrimonialidade	39
3. Arbitrabilidade de Exclusão de Sócio numa Sociedade por Quotas com dois Sócios	43
3.1 A Arbitrabilidade de Questões Societárias	45
3.1.1 Critério da Disponibilidade	47
3.1.2 Critério da Patrimonialidade	50
3.1.3 Eventuais Exceções ao Princípio do <i>Favor Arbitrandum</i>	51
Conclusão – Posição adotada	56
Bibliografia	58
Jurisprudência	62

Modo de Citar

No texto as obras encontram-se citadas em nota de rodapé, por referência ao nome do autor e título da obra e página. A referência completa encontra-se na bibliografia final por referência ao nome completo do autor, título, editora e ano de edição. As obras estão elencadas por ordem alfabética do último apelido do autor.

A jurisprudência é citada pelo tribunal, data do acórdão e fonte de onde foi consultada.

As transcrições encontram-se apresentadas em itálico entre aspas, por forma a destacarem-se do restante texto.

Abreviaturas

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Introdução

Vivemos numa sociedade na qual as empresas assumem uma posição de extrema relevância. Necessariamente, no âmbito das relações comerciais existentes surgem controvérsias abrangendo as mais diversas áreas do direito.

A solução de litígios pela via judicial nem sempre se apresenta como a mais favorável em sede de questões societárias. Não raras vezes têm as empresas optado por dirimir os seus conflitos pela via de meios alternativos de resolução de litígios, como é o caso da arbitragem.

Encontramo-nos hoje num momento bastante favorável ao desenvolvimento da arbitragem. A introdução de cláusulas arbitrais nos contratos é algo que se torna cada vez mais usual no nosso dia-a-dia. As empresas optam por introduzir nos seus estatutos cláusulas compromissórias, sujeitando a resolução dos seus diferendos a tribunais arbitrais. A adesão das empresas a este meio alternativo de resolução de litígios justifica-se pelas inúmeras vantagens que apresenta, sendo de destacar a celeridade no processo contencioso, flexibilidade na tramitação processual e acima de tudo a possibilidade de manter todo o processado confidencial.

A importância do instituto surge, em grande medida, associada à necessidade de uma justiça célere e eficaz, tecnicamente especializada para a resolução de certos litígios. Quem conhece o sistema judiciário português sabe que não raras vezes os processos se demoram em demasia na primeira instância, causando prejuízos graves às partes envolvidas, mormente às empresas e aos seus sócios.

Os meios de resolução alternativa de litígios, e no que nos concerne, a arbitragem, surgem assim como “luz ao fundo do túnel” no que toca a decidir diferendos de forma segura, eficiente e confidencial.

O direito das sociedades é uma área bastante específica de cada ordenamento jurídico, comportando diferentes características em consonância com os princípios conformadores do país onde se insere. A ligação do contencioso societário com a arbitragem tem demonstrado ser um tema bastante aliciente.

São várias as questões que se colocam sobre esta matéria, todas elas de grande importância. Coube-nos estudar a possibilidade de sujeitar ao regime de arbitragem voluntária a ação de exclusão de sócio numa sociedade por quotas com apenas dois sócios.

A matéria assume relevo não só em termos teóricos, uma vez que não encontramos previsões legais específicas que regulem a nossa questão, mas também em termos práticos. Recentemente foi decidido em sede de arbitragem voluntária internacional, um litígio que durava desde 2011, que opunha duas empresas estatais, uma angolana e outra portuguesa. Nesta arbitragem discutia-se precisamente a possibilidade de a ação de exclusão de sócio ser dirimida por um tribunal arbitral

Foram vários os desafios que se colocaram ao longo do nosso estudo: aferir da adequação do critério de arbitrabilidade consagrado na LAV portuguesa, conjugá-lo com os direitos subjacentes ao instituto da exclusão, manifestamente incompleto no CSC foram apenas alguns deles.

A LAV de 2011 veio consagrar como principal critério de arbitrabilidade de litígios a patrimonialidade do interesse controvertido, deixando permanecer um resquício da LAV de 86, ao figurar como critério supletivo o da disponibilidade.

As alterações ao diploma original sobre arbitragem voluntária surgiram de uma necessidade de modernização do quadro regulador da arbitragem voluntária que se fez sentir em numerosíssimos Estados. Na origem deste facto podemos invocar a compreensão por parte dos responsáveis governamentais de que a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento das arbitragens nos seus países traria inúmeros benefícios, não só para as empresas neles atuantes, mas também por poder induzir outros operadores de comércio internacional a localizarem no seu território as suas arbitragens.

A arbitrabilidade de litígios societários será um tema constante na nossa exposição, encontrando-se esta dividida em três capítulos fundamentais, análise do regime de exclusão de sócios, arbitragem voluntária e por último a arbitrabilidade da ação de exclusão de sócio numa sociedade com dois sócios.

1. Exclusão de Sócio nas Sociedades por Quotas

As sociedades por quotas apresentam-se como o tipo societário ideal para organizar em estruturas relativamente pequenas atividades económicas com limitação da responsabilidade dos sócios à realização do capital subscrito.¹ Este tipo societário distingue-se, perante o disposto no art. 197º/1 do CSC, pelo facto de entre os sócios existir uma responsabilidade solidária pelas entradas.

O tipo “sociedade por quotas” apresenta ainda hoje, um forte pendor pessoal e subjetivo, favorável à criação de relações de confiança. Estas serão sociedades tendencialmente pequenas, nas quais todos os sócios se conhecem, estabelecendo-se uma relação quase familiar.

O regime jurídico estatuído pelo CSC demonstra esta forte característica de personalidade, e a exclusão de sócio não é disso exceção. Mais do que o conjunto de disposições legais que compõem o sistema, a própria realidade social deste tipo societário comprova que estas são ainda verdadeiras sociedades de pessoas e não de capitais.

Aqui, os atributos pessoais de cada sócio assumem especial relevância, principalmente se considerarmos que os sócios podem, para além das suas entradas, contribuir para a sociedade em termos personalizados, assumindo por exemplo funções de vendedores, contabilistas ou outros prestadores de serviços. A atuação dos sócios repousa na confiança recíproca e não numa simples união de capitais.² É seguro afirmar que a escolha dos sócios nas sociedades por quotas é, pelo menos na esmagadora maioria dos casos, verdadeiramente *intuitu personae*.

Esta característica do tipo societário em análise é facilmente compreensível quando consideramos a sua origem histórica. As sociedades por quotas são uma criação do legislador que surge na sequência da reforma das sociedades anónimas.

¹ Cfr. art. 197º/3 CSC e Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 62.

² Esta afirmação não afasta a possibilidade de uma sociedade por quotas funcionar como uma verdadeira sociedade de capitais, cujo objetivo último é a concertação de esforços para a prossecução de fins. Enuncia esta ideia António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito*, vol. II, p. 229.

O funcionamento e regime jurídico das SA não deixava espaço para as pequenas e médias empresas, por ser de extrema complexidade e altamente dispendioso. Procurou-se assim criar um tipo societário que permitisse o desenvolvimento de pequenos projetos empresariais, sem perder o pendor de sociedade de capitais, mas que, ainda assim, permitisse aos empresários manter estruturas que apresentassem menor volume de negócios.³

Não cabe no nosso tema uma exposição detalhada de todo o regime das sociedades por quotas, pelo que abreviamos a nossa passagem diretamente para o regime de exclusão de sócio.

1.1 Regime Jurídico

A formação de uma sociedade terá sempre na sua base a celebração de um contrato,⁴ do qual emanam relações duradouras. No contrato de sociedade encontram-se plasmadas relações complexas, estabelecidas entre os sócios e a sociedade, traduzidas em direitos e obrigações, que no seu conjunto visam, em última instância, a prossecução do objeto social.

Estamos necessariamente perante obrigações que não se extinguem com o seu cumprimento, pelo contrário perduram no tempo, durante a existência do contrato.⁵

A posição jurídica do sócio envolve assim direitos e deveres específicos. A sua saída da sociedade, seja por vontade própria – nos casos de exoneração – seja sem a sua concordância acarretará necessariamente consequências para a sociedade.

A exclusão de sócio configura-se como um instituto unitário que no contexto de cada tipo societário pretende resolver um conflito de interesses abstratamente contrapostos.

³ Sobre o surgimento e crescimento das sociedades por quotas, cfr. António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito*, vol. II, p. 231 e ss.

⁴ Cfr. art. 7º CSC.

⁵ As chamadas prestações duradouras.

Traduzir-se-á na “*perda da participação na sociedade, que a um sócio é imposta quer por deliberação da sociedade fundada em caso previsto na lei ou em caso respeitante à pessoa ou comportamento do sócio previsto no contrato, quer por sentença judicial baseada em facto previsto na lei.*”⁶

A matéria de exclusão nas sociedades por quotas encontra-se dispersa por várias previsões normativas do CSC.⁷ Quanto às posições gerais regem os artigos 241º e 242º do CSC.

Como consequência imediata da exclusão temos a perda da qualidade de sócio, da posição social que ocupava no seio da sociedade, ficando sujeito ao regime da amortização da quota⁸, caso a exclusão ocorra com base em disposição contratual.

A exclusão de sócio pode fundamentar-se em três planos distintos: legal, quando se funde numa previsão normativa; contratual, quando ocorra alguma circunstância respeitante à pessoa do sócio ou ao seu comportamento, ambas previstas no art. 241º do CSC, e por último judicial, pelo facto de o sócio ter causado ou poder vir a causar prejuízos significativos à sociedade *com base no seu comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade*, conforme dispõe o art. 242º nº 1 do CSC.

Em qualquer dos casos entendeu o legislador estatuir a necessidade de realização de uma deliberação social, com o intuito de evitar a exclusão *ad nutum* do sócio pela maioria. Iremos adiante apurar em que termos.⁹

O regime de exclusão apresenta-se, assim, como um mecanismo à disposição da sociedade que lhe permite afastar um sócio, que pelo seu comportamento lesivo, põe em causa a prossecução da atividade social. Verificando-se um tal comportamento a sociedade tem a faculdade de excluir o sócio.

⁶ Raúl Ventura, *Sociedades por Quotas*, p. 44.

⁷ Podemos indicar designadamente os art. 204º/1 e 2, 212º/1 e 214º/6 do CSC.

⁸ Cfr. art. 241º/3 e para amortização de quotas 232º e ss CSC. Relembramos que a amortização dá lugar à extinção da quota, facultando uma compensação equivalente ao valor da liquidação da quota da quota a pagar em certos termos. Sobre esta matéria cfr. António Menezes Cordeiro, *Manual...*, vol. II, p 331.

⁹ Art. 242º/2 CSC.

A exclusão judicial de sócio prevista no art. 242º, apresenta-se como um meio residual de sanção para condutas impróprias, fundadas, em comportamentos desleais ou altamente perturbadores, cujo sancionamento não decorre diretamente da lei ou do contrato.

Terá a ver com aspetos relativos à pessoa do sócio, como situações de insolvência, ou mau comportamento, como por exemplo por desenvolver atividades concorrentes com as da sociedade que integra.

O recurso ao tribunal demonstra-se necessário por se configurar como o único meio idóneo para aferir da justa causa para aplicação de sanção ao sócio, uma vez que *“a causa da exclusão está apenas genericamente formulada na lei, havendo que proceder, no caso concreto, à apreciação do comportamento do sócio, ou de outras circunstâncias.”*¹⁰

Apesar de aparentemente simples, o regime de exclusão tem suscitado bastantes dúvidas na doutrina, desde logo por ser omissivo no que concerne a determinados pontos.

A posição que se adote sobre estas questões controvertidas assumirá extrema relevância no desenrolar da nossa exposição. Procederemos assim a uma análise crítica de algumas delas, nos pontos infra.

1.2 Fundamento Jurídico do Direito de Exclusão de Sócio

A exclusão de sócio apresenta-se como um direito potestativo extintivo, do qual é titular a sociedade.¹¹ O seu exercício supõe um ato de livre vontade¹², que por si só¹³, ou integrado numa decisão judicial¹⁴ produz um efeito que inevitavelmente se impõe ao sujeito passivo, isto é ao sócio excluído. O efeito desencadeado traduz-se na extinção da relação jurídica que permanentemente o liga à sociedade.

¹⁰ Raúl Ventura, *Sociedade por Quotas*, p.60.

¹¹ Carolina Cunha, *Problemas do Direito das Sociedades*, p. 203.

¹² Vontade essa que se forma no seio do órgão deliberativo que é a coletividade dos sócios, e expressa através de uma deliberação.

¹³ Art. 241º/2 e 186º/2 do CSC.

¹⁴ Art. 242º/1 e 186º/3 do CSC.

Qualquer sociedade comercial ao ser constituída, terá como objetivo o exercício comum de uma atividade pela qual cada um dos sócios concertará com os demais os esforços necessários em benefício de um escopo comum.

Nalguns casos, poderão surgir situações, em que um dos sócios, pelo seu comportamento desleal ou abusivo, causa sérios prejuízos ao bom funcionamento da sociedade, podendo no limite paralisá-la. Para fazer face a situações como esta, surge o direito da sociedade¹⁵ de exclusão do sócio inadimplente.

O fundamento jurídico deste instituto foi amplamente estudado pela doutrina. Não cabendo uma análise exaustiva deste assunto caberá apenas enunciar a sucessão de teorias:¹⁶ a taxatividade legal, na qual subjaz a ideia de que nas sociedades de pessoas, apenas por previsão expressa da lei é possível a exclusão; preservação da empresa, segundo a qual as sociedades teriam o poder de sancionar os sócios nos casos em que as suas condutas se demonstrassem prejudiciais; incumprimento contratual que reconduz a exclusão de sócio ao incumprimento contratual, entendendo a sociedade como um contrato, e por último, a teoria da inexigibilidade da manutenção do *status* por ponderação perante o sistema.

Esta última encontra hoje consagração no nosso CSC demonstrando que *“não é a violação do contrato de sociedade que permite, ao outro lado, reagir com a exoneração ou a exclusão; os inerentes direitos surgem perante uma ponderação mais alargada do sistema, com uma especial valoração no sentido da manutenção da sociedade, mas sem a exigência da conservação de certo status de sócio.”*¹⁷

Numa fase anterior ao art. 242º do CSC, onde não encontrávamos na lei norma específica referente à exclusão de sócio no âmbito das sociedades por quotas, muitos foram os autores que tentaram afirmar que o direito da sociedade de excluir o sócio, ainda que este apresentasse um comportamento em tudo desrespeitador dos princípios da

¹⁵ Ou, no casos das sociedades com dois sócio, do outro sócio.

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos António Menezes Cordeiro, *Manual...*, vol. II, p. 319.

¹⁷ António Menezes Cordeiro, *Manual...*, vol. II, p. 323.

sociedade, contundia diretamente com o direito à qualidade de sócio, um direito de permanecer na sociedade enquanto esta durar.

Ora tal argumento não poderia proceder.

Afirmava nessa altura Avelãs Nunes¹⁸, “*um tal direito, na verdade, só pode merecer proteção jurídica enquanto os sócios estiverem em condições de cumprir os seus deveres de socialidade, de prestar à sociedade a colaboração que lhe é devida. Logo que o sócio, com culpa ou sem ela, deixa de cumprir as obrigações decorrentes da lei ou do pacto social (analisadas à luz dos princípios da boa-fé contratual), por forma a por em perigo a sociedade, a organização económica que ela representa, desaparecem os pressupostos da proteção devida ao seu direito de socialidade.*”

Pensar que a invocação do direito a permanecer na sociedade poderia obstar à exclusão de um sócio, apesar de existirem sérias razões para a efetivação de tal medida, seria apoiar uma clara situação de abuso de direito. Tal situação não poderia merecer tutela jurídica quer em face da sociedade, quer em face dos outros sócios, cuja colaboração se mantém no sentido de evitar a destruição da empresa social e do valor objetivo de organização que ela representa.¹⁹

Podemos concluir que o principal fundamento do direito de exclusão de sócio, se situa nas próprias características da sociedade, enquanto ente dotado de personalidade jurídica, que se destina à prossecução de um escopo comum dos sócios, a verdadeira *affectio societatis*.²⁰

A relevância da conduta do sócio para a sua exclusão deve, assim, ser aferida tendo em conta este dever de colaboração dos sócios e, principalmente, em que medida este violou ou não os seus deveres de colaboração. Nas palavras de Avelãs Nunes: “*(...) todos os casos de exclusão traduzem outros tantos casos de não cumprimento do fundamental dever de colaboração.*”²¹

¹⁸ *Direito de Exclusão de Sócio nas Sociedades Comerciais*, p.57.

¹⁹ Seguimos aqui de perto a posição adotada por Avelãs Nunes na sua obra supra citada.

²⁰ *Affectio societatis* consiste na intenção dos sócios em constituir uma sociedade.

²¹ *Direito de Exclusão de Sócio nas Sociedades Comerciais*, p.81.

Perante a ocorrência de um facto que a legitime, a exclusão de sócio não se apresenta como uma obrigação da sociedade, mas antes como uma faculdade. A sociedade poderá, ou não excluir o sócio, devendo para tal recorrer a uma de duas vias: deliberar a exclusão, ou intentar ação em tribunal competente.

A exclusão de sócio é uma manifestação dos princípios fundamentais de direito comercial: a proteção da empresa, a garantia da sua continuidade, a sua defesa contra tudo o que possa destruir o seu valor de organização.²²

De relembrar que, em sede de sociedades por quotas o dever de colaboração dos sócios assumirá sempre um alcance diferente do que assume, por exemplo, nas sociedades anónimas.

1.3 Regime de Exclusão – Especificidades nas Sociedades com dois Sócios

O legislador não estipulou um número necessário para a constituição de uma sociedade por quotas. Deverá ser no mínimo de dois, conforme disposto no art. 7º/2 do CSC.²³

Dedicamos os pontos anteriores da nossa exposição ao regime da exclusão de sócios. Cabe-nos agora adequar as especificidades desse regime aos casos de sociedades com apenas dois sócios.

Não dispõe o CSC de uma norma expressa que regule a matéria em questão. Doutrina e jurisprudência têm adotado construções normativas baseadas em analogias, a fim de encontrar um regime jurídico seguro e suficientemente esclarecedor para o intérprete aplicador, que se adequa aos litígios que daí possam advir.

²² Avelãs Nunes, *Direito de Exclusão...*, p.66.

²³ A lei admite a existência de sociedades unipessoais por quotas. Estas apresentam-se, no entanto, como um subtipo societário, pelo que não seria juridicamente correto afirmar que o limite de sócios seria de um.

1.3.1 Necessidade de Deliberação – Um preciosismo?

As previsões gerais em matéria de exclusão de sócio encontram-se nos arts. 241º e 242º do CSC. Em ambos os casos optou o legislador por consagrar a deliberação em assembleia geral como meio de exclusão em si mesmo, ou como antecâmara da ação de exclusão.

Ao estatuir a necessidade de uma deliberação que anteceda a exclusão do sócio, a lei pretende assegurar não só que é essa a vontade da maioria da coletividade, mas também que essa vontade se encontra devidamente justificada.

As assembleias gerais constituem, as *“reuniões magnas dos sócios das sociedades anónimas e por quotas, nas quais se manifesta a vontade societária expressa nas deliberações que nas mesmas se formam.”*²⁴

A exclusão de sócio, não podia, dada a sua importância para a vida societária, ser decidida à margem do órgão deliberativo. Importa considerar dois planos.

A deliberação para exclusão de sócio, resultante da conjugação do disposto nos arts. 241º/1 e 246º/1al. c) do CSC, destinada a excluir o sócio nos termos previstos na lei ou no contrato, e a deliberação prevista no caso do art. 242º/2, pensada para a exclusão judicial.

As assembleias gerais reúnem a coletividade dos sócios para a tomada de decisões de fundo sobre organização de sócios. A manifestação da vontade coletiva é expressada através do voto, direito de todos os sócios.

Quid iuris no caso de uma sociedade com apenas dois sócios? Como enquadrar o regime de deliberações configurado nos art. 241º e 242º do CSC quando a sociedade tenha apenas dois sócios? O legislador não consagrou norma específica para o caso de sociedades por quotas com apenas dois sócios.

Encontramos para o caso das sociedades em nome coletivo, no art. 186º do CSC, um preceito específico (o n.º 3) que prevê *“se a sociedade tiver apenas dois sócios, a exclusão de qualquer deles, com fundamento nos factos previstos nas alíneas a) a c) do*

²⁴ Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 562.

nº 1, só poderá ser decretada pelo tribunal”. Inexiste solução análoga no CSC para as sociedades por quotas.

Também o art. 257º/5 deste diploma, inserido já no capítulo das sociedades por quotas, prevê para os casos de destituição de gerentes em sociedades com dois sócios, que esta só pelo tribunal possa ser decidida, em ação intentada pelo outro.²⁵ Neste caso a destituição da gerência deverá fundar-se em justa causa, constituindo justa causa de destituição a violação graves de deveres de gerência e a sua incapacidade para o exercício normal de funções.

Tem-se questionado, face à omissão normativa, a imprescindibilidade de deliberação para a exclusão de um dos sócios, quer pela via do art. 241º, quer pela via do art. 242º/2.

O art. 242º/2 do CSC é explícito em afirmar que nos casos de exclusão judicial a propositura da ação deverá ser deliberada pelos sócios. A deliberação para proposição de ação de exclusão deverá ser tomada por uma maioria simples dos votos²⁶, sendo que o sócio excluindo se encontra impedido de votar.²⁷

Considerando que estamos em sede de sociedade com apenas dois sócios, os cenários serão dois: ou o sócio maioritário pretende a exclusão do sócio minoritário e a amortização da sua quota, e aí facilmente o conseguirá; ou o sócio minoritário pretende a exclusão do sócio maioritário, e, nesse caso, a deliberação social será sempre em seu desfavor, uma vez que nunca vai alcançar a maioria dos votos necessários, ou, por último, encontramos-nos numa ridícula e quase cómica situação de *fifty-fifty* pela qual se viveria *ad eternum* num impasse.

Entendemos assim que, no caso de uma sociedade por quotas com apenas dois sócios, na qual, por motivos imputáveis ao seu comportamento desleal ou gravemente perturbador do bom funcionamento da sociedade, que tenham causado ou lhe possam vier

²⁵ Também a destituição de gerentes deverá ser deliberada pelos sócios (nº1), podendo o contrato de sociedade exigir para a deliberação de destituição uma maioria qualificada bem como outros requisitos (nº2).

²⁶ Cfr. art. 250º/3 CSC.

²⁷ Cfr. art. 251º/1 al. d).

a causar prejuízo, um dos sócios deva ser excluído, devendo a exclusão ser judicial, não haverá lugar a deliberação social para a propositura da ação, por esta se configurar como um formalismo excessivo, desprovido de sentido.²⁸

A nossa jurisprudência assim o tem decidido, “*Como o sócio a excluir não pode votar na deliberação sobre a sua própria exclusão, a deliberação da sociedade teria de resumir-se à vontade do outro sócio, pelo que o sócio a excluir ficaria totalmente nas mãos do outro sócio. Este, como bem refere o Ac. da Relação de Coimbra de 14/03/00 (C.J., Ano 25ª, 2º, 15), sem oposição e sem necessidade de discutir o caso com quem quer que seja, podia a seu bel talante despedir o outro sócio, quando bem lhe conviesse, situação de todo inadmissível.*”²⁹

“*A especificidade desta situação - escreve-se no mesmo Acórdão - impõe uma solução especial: se a sociedade tiver apenas dois sócios, a exclusão de qualquer deles só pode ser pronunciada pelo tribunal.*”³⁰

O bom funcionamento de uma sociedade por quotas dependerá da relação de confiança que se estabeleça entre os sócios. A perda desse entendimento facilmente conduzirá ao afastamento das vontades surgindo conflitos, queixas e acusações recíprocas.

Tem a doutrina considerado que uma situação como a que se configura fundamenta o afastamento de um regime normal de exclusão de sócio, sob pena de a vontade do sócio maioritário prevalecer sobre a vontade do outro sócio, podendo conduzir a situações de

²⁸ Posição contrária à nossa defende Carolina Cunha, *Problemas do Direito das Sociedades*, p. 204 e ss.: afirma a autora que não deverá, no caso das sociedades com dois sócios, ser afastada a deliberação prevista no art. 242º CSC. Para a autora, a deliberação social é manifestação máxima da vontade da sociedade, única titular do direito potestativo de exclusão de sócio. Não podemos por isso considerar o ato como inútil. Desde logo o facto de se excluir, de per si, a deliberação demonstra que não é feita distinção entre a deliberação para propositura de ação de exclusão, e deliberação como meio de manifestação expressa da vontade social. Por outro lado, não concorda a autora com a aplicação analógica a estas situações do art. 275º/5 CSC por considerar que a situação configurada nesta disposição constitui uma situação especial de atribuição de legitimidade para a exclusão, que não depende do número de sócios. Para Carolina Cunha defender que a exclusão de sócio se possa efetivar nos termos por nós defendidos significa que se confundem dois planos, o da pessoa coletiva com órgãos próprios, e o do seu substrato pessoal formado por sujeitos com vontades próprias.

²⁹ Ac. TRP, 02-11-2004, disponível em DGSI.

³⁰ Cfr. art. 1005º/3 CC *ex vi* art. 2º CSC.

exclusão absolutamente arbitrária, não fundamentada em qualquer justa causa ou base legal.

A intervenção do tribunal surge assim como capital nestes casos, sendo a única forma de garantir que os direitos do sócio excluído serão devidamente acautelados, não podendo a mesma ser fruto de uma mera deliberação social. Não existe disposição expressa, como vimos, no CSC para esta matéria.

Tem a jurisprudência decidido, que, nestes casos, por força do disposto no art. 2º do CSC, terá aqui aplicação do previsto no art. 1005º do CC. O art. 2º do CSC prevê a aplicação subsidiária do CC, quando inexistir regulação específica sobre a matéria no CSC, na medida em que tal aplicação não seja contrária aos princípios basilares do CSC, nem aos princípios enformadores do tipo social adotado.

De acordo com este preceito, *“Se a sociedade tiver apenas dois sócios, a exclusão de qualquer deles apenas pode ser pronunciada pelo tribunal.”*³¹

Encontra-se assim legalmente excluída a via da deliberação social para se obter a exclusão de sócio. Consequentemente não será também exigível qualquer deliberação social com o pressuposto de propor ação de exclusão de sócio a que alude o art. 242º/2 do CSC.

Tal deliberação seria um ato meramente inútil e demasiado formalista considerando o facto de a sociedade ter apenas dois sócios e que um deles, o excluído, se encontra impedido de vota.³²

A necessidade de realização de deliberação tem sido invocado por parte da doutrina com o fundamento de que só assim poderia o sócio excluendo ter oportunidade de justificar a sua conduta e fazer valer os seus direitos.

Este argumento não procede, uma vez que, mais do que em sede de deliberação, durante o processo jurisdicional será sempre respeitado o princípio do contraditório, podendo a parte em juízo apresentar a sua defesa.

³¹ Decidiu assim o Ac. TRL, 5-7-2000, e o Ac. TRG, 14-3-2013, ambos disponíveis em DGSJ.

³² Por existir conflito de interesses entre o sócio a excluir e a sociedade, conforme previsto no art. 250º/1 al. d) CSC.

Em suma, existem dois planos distintos: o plano da deliberação para a exclusão de sócio, e o plano da deliberação para proposição de ação de exclusão a ser decretada pelo tribunal. Em ambos os casos, a nosso entender, não há lugar a deliberação, competindo a decisão exclusivamente ao tribunal.

1.3.2 Legitimidade

Questão intimamente ligada com a que vimos a analisar e que merece esclarecimento é a da legitimidade³³ para propor a ação de exclusão de sócio³⁴. Caberá esta à sociedade, enquanto titular do direito de exclusão? Ou, no caso em concreto de sociedades com dois sócios, caberá este direito ao outro sócio?

Não obstante o n° 2 do art. 242° prever que a proposição da ação deva ser deliberada pelos sócios, no caso de a sociedade ser constituída por dois sócios, entende-se que a destituição de um deles possa ser requerida pelo outro, não sendo necessário que a ação seja movida apenas, e só, pela sociedade.³⁵

A este respeito escreve Raúl Ventura³⁶ *“Afastada a deliberação como via de exclusão, afastada está ela também como pressuposto da ação judicial de exclusão, pois tão inútil é num caso como noutro. Afigura-se-me, porém, que a alteração do regime é mais profunda, pois sempre que a sociedade tenha apenas dois sócios, a exclusão de um deles só pode ocorrer em ação judicial, proposta pelo outro contra aquela.”*

Decidiu de forma diferente o STJ em Acórdão proferido a 9 de Fevereiro de 1995³⁷. Considerou que a legitimidade para a exclusão não deverá ser dos outros sócios, mas sim

³³ O conceito é aqui referido no seu verdadeiro significado processual conforme consagrado no art. 30° CPC.

³⁴ A questão assume relevância na medida em que não raras vezes, e conforme comprovará a jurisprudência invocada, têm as partes em litígio invocado a ilegitimidade do sócio demandante, por apenas ter legitimidade para propor a ação de exclusão a sociedade. Invocam as partes por vezes a necessidade de distinção entre a esfera jurídica da sociedade, ente coletivo dotado de personalidade jurídica, e a esfera jurídica do sócio, realidade invariavelmente distinta e autónoma.

³⁵ Também assim decidiu o Ac. TRP, 4-10-2005, com o mesmo entendimento, Ac. TRP, 1-11-2004, ambos disponíveis em DGSI.

³⁶ *Sociedades por Quotas*, Vol. II, p. 58.

³⁷ CJ/Supremo III, Proc. 83929.

a sociedade, mediante deliberação. A sua decisão foi fundamentada apenas pelo disposto no art. 242º do CSC.

As questões, sobre deliberação para exclusão e legitimidade, encontram-se intimamente relacionadas, não devendo uma ser ponderada sem a outra.

Tomámos já posição relativamente à deliberação: no caso de exclusão de sócios numa sociedade por quotas com dois sócios a deliberação encontra-se afastada. Consequentemente, entendemos que não fará sentido que a legitimidade para intentar a ação de exclusão seja da sociedade. Deverá esta ser antes atribuída ao sócio.

2. A Arbitragem – Regime Jurídico e Natureza

A arbitragem situa-se no quadro do que podemos chamar meios alternativos de resolução de litígios. Os ADR³⁸ (*alternative dispute resolution*), podem ser definidos como um conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais.³⁹ A sua tipologia não é fechada, e tem vindo a afirmar-se nas várias ordens jurídicas como um meio paralelo aos habituais procedimentos judiciais. Será método de resolução alternativa de litígios o que não seja judicial.

O conceito de arbitragem deve ser delimitado no âmbito do nosso estudo, na medida em que tratamos aqui apenas de arbitragem voluntária.⁴⁰

A arbitragem (voluntária) pode ser definida, nas palavras de Manuel Pereira Barrocas⁴¹, como um “*modo de resolução alternativa de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito, reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes.*”

Configura-se como um meio adjudicatório⁴², uma vez que a decisão da resolução é atribuída a terceiros.

O conceito que acabamos de expor comporta assim quatro importantes elementos que devem ser individualizados e analisados, sob pena de não se compreender o cerne da figura.

Um primeiro elemento será a função jurisdicional da arbitragem voluntária, na medida em que terá sempre como principal função a resolução de litígios; na sua base, uma convenção de arbitragem⁴³, que deve ser considerada como segundo elemento, pois sem ela não haverá lugar a arbitragem; o terceiro serão os árbitros, titulares da função

³⁸ Além da arbitragem são também indicados como meios de resolução alternativa de litígios a negociação, mediação, e a conciliação.

³⁹ Mariana França Gouveia, *Curso Alternativo de Resolução de Litígios*, p. 17.

⁴⁰ Em oposição à figura da arbitragem necessária prescrita por lei, como é o caso da Lei nº 62/2011, de 12 de Dezembro que regula os litígios emergentes de direitos de propriedade industrial sobre patentes de medicamentos de referência e genéricos.

⁴¹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*.

⁴² Em oposição aos meios consensuais, cujo principal objetivo é a obtenção de um acordo, sendo que a capacidade da decisão do litígio não é atribuída a terceiros, permanecendo nas partes.

⁴³ Cfr. ponto 2.1.

arbitral, e por último, o reconhecimento legal da sentença que seja proferida em sede de tribunal arbitral.

A decisão que venha a ser proferida em sede de julgamento arbitral terá, naturalmente, um carácter vinculativo para as partes. Daqui se retira a função jurisdicional desta forma de resolução alternativa de litígios.

A simples existência de uma convenção arbitral gera o direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a conseqüente falta de jurisdição dos tribunais comuns⁴⁴, ao que acresce que a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva.

A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 209º/2, coloca lado a lado com categorias de tribunais judiciais os tribunais arbitrais, comprovando o carácter jurisdicional da arbitragem.

O conceito de jurisdicionalidade, claramente intrincado no de arbitragem, conduz-nos necessariamente à análise do que é o poder jurisdicional. O ato jurisdicional será aquele que dirime um litígio. O tribunal arbitral detém assim uma função jurisdicional reconhecida pela CRP, nos termos enunciados e ainda no art. 47º/7 da LAV.⁴⁵

Chegamos ao ponto em que se impõe colocar a seguinte questão: faz o tribunal arbitral parte do sistema jurisdicional português, lado a lado com os tribunais estaduais?

Creemos que não.⁴⁶

⁴⁴ Seguindo Luís Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, p. 343 e ss “A convenção de arbitragem pode ser invocada perante os tribunais estaduais como exceção processual deduzida em ação relativa a um litígio abrangido pela convenção de arbitragem, como fundamento de uma medida de assistência à arbitragem. A conduta das partes poderá dar corpo à renúncia tácita às faculdades resultantes da convenção de arbitragem.”

⁴⁵ Prescreve o artigo que “A sentença arbitral (...) tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.”

⁴⁶ Importa no entanto ter em atenção que se considerarmos a expressão “tribunais” em sentido lato, como “órgãos aos quais compete o exercício da função jurisdicional”, nela estarão necessariamente incluídos os tribunais arbitrais, pois também estes exercem a função jurisdicional. Para maiores desenvolvimentos cfr. António Alberto Vieira Cura, *Curso de Organização Judiciária*, p. 19.

Seguindo o entendimento de Manuel Pereira Barrocas⁴⁷, existem de facto elementos que aproximam o primeiro do segundo. Desde logo, o facto de a sua função e finalidade ser a de resolver litígios através de sentenças arbitrais que têm o mesmo valor de sentenças judiciais, sendo vinculativas para as partes e passíveis de execução. Mas quando alcançamos a fase de questionar "Senhores, é muito o que vos separa?" a resposta é sim.

Desde logo o tribunal arbitral não representa o Estado, nem qualquer órgão de soberania. Os seus poderes são lhe atribuídos pelas partes e esgotam-se no momento em que seja proferida a sentença. Exerce uma atividade de natureza privada, não tendo, por regra, carácter permanente ou duradouro.⁴⁸

A idiosincrasia do tribunal e o próprio estatuto dos árbitros regem-se por princípios diferentes dos que são próprios de tribunais estaduais.

No seu âmbito de intervenção é possível apontar algumas diferenças entre a justiça administrada pelo Estado e por tribunal arbitral. Na verdade, existem questões cuja resolução está reservada aos tribunais estaduais. Referimo-nos aqui ao caso de litígios que não envolvam natureza patrimonial e que sejam não suscetíveis de transação e sobre todas as outras matérias não arbitráveis, excluídas pelo art. 1º/1 da LAV.

Mas igualmente a arbitragem distingue-se dos tribunais estaduais quanto à sua natureza jurídica. Tem natureza de jurisdição contratual privada.⁴⁹ A arbitragem é administrada por pessoas privadas, os árbitros, investidas de poderes conferidos, como vimos, por pessoas ou entidades privadas.⁵⁰

Na arbitragem voluntária o poder do árbitro emana da convenção arbitral, sem a qual não passa de uma mera pessoa privada sem qualquer ligação à função e poder de resolução

⁴⁷ *Manual de Arbitragem*, ob.

⁴⁸ Ao contrário dos tribunais estaduais que são "órgãos de soberania, dotados de independência, aos quais compete administrar a justiça em nome do povo." Cfr. António Alberto Vieira Cura, *Curso de Organização Judiciária*, p. 15.

⁴⁹ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem...*p. 2 Igualmente Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, p. 66.

⁵⁰ Conhecemos o debate jurídico relativo a saber se podem entidades públicas participar em arbitragens e das questões que se levantam a nível de arbitrabilidade subjetiva. Não trataremos no entanto, dessa matéria na nossa exposição.

de litígios.⁵¹ Essencial é recordar que um árbitro é sempre livre de aceitar ou não a sua nomeação.

A referência da Constituição no seu art. 209º/2 visará, assim, conferir dignidade⁵² constitucional à sua existência e permitir que não seja ferido de inconstitucionalidade o disposto no art. 47º da LAV na parte em que reconhece à sentença arbitral a mesma força executiva de uma sentença judicial.

Uma aproximação exagerada dos tribunais arbitrais aos tribunais facilmente levaria a uma judicialização dos árbitros e do procedimento arbitral, que apenas traria consequências nefastas, descaracterizando e funcionalizando os árbitros, perdendo a arbitragem as vantagens que a caracterizam e individualizam.

A origem privada da arbitragem, aliada à sua natureza jurisdicional tem colocado sérias dificuldades quanto à sua caracterização jurídica.

Três teses têm sido defendidas: teses contratuais, jurisdicionais e mistas. Repare-se que a análise da natureza jurídica da arbitragem implicará sempre a análise da natureza jurídica da convenção de arbitragem, sem a qual nenhuma arbitragem voluntária poderá existir.

De forma menos detalhada, e uma vez que não é este o objeto do nosso estudo, passamos a definir cada uma das diversas teses doutrinárias anteriormente referidas.⁵³

Para a teoria contratual, a decisão arbitral é um contrato celebrado pelos árbitros como mandatários das partes. Para os defensores desta tese apenas a homologação judicial permite que a decisão arbitral possa ser considerada uma verdadeira sentença.

⁵¹ Contrariamente ao poder dos juízes, que emana diretamente da lei, figurando assim titulares de um órgão de soberania, com poder para decidir por sua própria iniciativa.

⁵² Na sua versão primitiva a CRP não previa qualquer regulação para os tribunais arbitrais pelo que a sua constitucionalidade chegou a ser questionada. Questionava-se que fossem atribuídos poderes, a entidades privadas, em tudo semelhantes aos poderes dos juízes. A questão foi resolvida pela CRP de 1982, ainda que algumas questões posteriormente se mantivessem, que passou a consagrar, lado a lado com os tribunais judiciais, os arbitrais.

⁵³ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema ver Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*.

Já a tese jurisdicional entende que as decisões arbitrais são os atos jurisdicionais, sendo os árbitros juízes e não mandatários das partes.

Por último, alguma doutrina⁵⁴ tem vindo a defender que a convenção de arbitragem, e conseqüentemente a arbitragem voluntária, apresenta uma natureza mista, defendendo que esta se encontra a meio caminho entre o julgamento da autoridade judicial e o contrato livremente celebrado pelas partes - o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz.

Os defensores da tese mista consideram que sem convenção de arbitragem não existe verdadeira arbitragem. Encontramos aqui laivos da tese contratualista e da tese jurisdicionalista, porque sem elementos de direito público a arbitragem dificilmente funcionaria ou seria eficaz, tais como a força de caso julgado e sentença arbitral, o reconhecimento de que os árbitros exercem função jurisdicional e que a sentença por eles preferida tem o mesmo valor jurídico que uma sentença proferida por um tribunal estadual.

Nas palavras de Mariana França Gouveia⁵⁵ *“Prova deste carácter misto é a eficácia executiva da decisão arbitral (elemento público), por um lado, e a limitação da competência do tribunal arbitral, por outro, à convenção de arbitragem (elemento privado).”*

Seguimos esta tese, defendida por Manuel Pereira Barrocas, por nos parecer a que mais se coaduna com a verdadeira essência da arbitragem internacional. Na verdade, e seguindo a orientação de Carlos Ferreira de Almeida⁵⁶, não parece fazer sentido a oposição entre as várias teses expostas. *“Não há, em direito, qualificações absolutas.”* A qualificação dependerá sempre do ponto de vista pelo qual se considere o instituto.

Atente-se no facto de que a arbitragem voluntária constitui uma atividade jurisdicional, conduzindo a uma decisão com eficácia também jurisdicional tendo, no entanto um fundamento puramente contratual, a convenção de arbitragem.

⁵⁴ Segue este entendimento Manuel Pereira Barrocas, *Manual...*, ob.

⁵⁵ Mariana França Gouveia, *Curso...*, p. 120.

⁵⁶ *Convenção de Arbitragem...*, obra citada, p. 3.

A tese mista parece encontrar assim um equilíbrio entre as duas teses anteriormente apresentadas (contratualista e jurisdicional), conferindo à arbitragem uma conceção mais consentânea com a sua realidade atual, nomeadamente com a Lei Modelo da UNCITRAL⁵⁷ que visa, não só fomentar a arbitragem, mas também uniformizar, no âmbito do que os ordenamentos que assim permitirem, as leis arbitrais do mundo.

Em suma, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função.

2.1 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem é um contrato no qual as partes se comprometem a atribuir a solução dos litígios que possam surgir entre si a um terceiro. Num processo arbitral, averiguar da existência de uma convenção de arbitragem será um dos primeiros passos. Esta é o ponto de partida de qualquer arbitragem voluntária. Na sua ausência, litígio algum poderá ser arbitrável, uma vez que não houve manifestação das partes nesse sentido.

Podemos distinguir dois planos de celebração de uma convenção de arbitragem. Tratando-se de um litígio atual, a convenção assumirá a forma de compromisso arbitral. Por outro lado, tratando-se de um litígio futuro (um litígio eventual, que possa surgir de uma determinada relação contratual ou extra contratual), falaremos então de cláusula compromissória.⁵⁸ Neste último caso, a convenção pode surgir no âmbito de um contrato

⁵⁷ Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. *“A Lei Modelo constitui uma base sólida para a desejada harmonização e para o aperfeiçoamento das leis nacionais. Abrange todas as fases do processo arbitral, desde o acordo de arbitragem até ao reconhecimento e execução da sentença arbitral, refletindo um consenso universal sobre os princípios e questões relevantes da prática da arbitragem internacional. É reconhecida por Estados de todo o mundo com sistemas jurídicos e económicos diferentes. Desde a sua adoção pela UNCITRAL, a Lei Modelo tem vindo a caracterizar o modelo legislativo internacionalmente aceite de uma moderna lei sobre arbitragem e um número substancial de países tem promulgado leis sobre arbitragem baseadas nesta Lei Modelo.”* Nota explicativa do Secretariado da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

⁵⁸ Art. 1º/3 LAV. Atualmente é bastante comum nos mais diversos tipos de contratos, que a cláusula de resolução de litígios remeta para um tribunal arbitral. Tomemos como exemplo a seguinte cláusula: *“Art. 27.º - Diferendos 1. Todos os litígios, diferendos ou disputas decorrentes da interpretação, execução e*

mais vasto, como sejam por exemplo os estatutos da sociedade, um contrato de trabalho, ou como acordo autónomo celebrado pelas partes.

É a convenção arbitral que determina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, o tribunal arbitral só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção de arbitragem. Por isso, nas palavras de Mariana França Gouveia o estudo da convenção arbitral “*É uma espécie de foco de luz que ilumina área da competência*”⁵⁹.

Se houver decisão sobre matéria não incluída na convenção, essa decisão será anulável, por ser proferida por tribunal incompetente.⁶⁰ Esta questão suscita inúmeras contendas e deve por isso ficar desde já esclarecida.

Os poderes do tribunal arbitral são de fonte contratual, e, por isso, este apenas terá competência se, e onde, houver contrato. Assim, para que o tribunal arbitral seja competente, é necessário que o litígio em causa esteja contemplado na convenção arbitral.

A celebração de uma convenção deste tipo terá como consequência o afastamento da jurisdição dos tribunais estaduais para conhecer daquele litígio. Trata-se do efeito negativo, previsto no art. 5º da LAV, que consubstancia a incompetência dos tribunais estaduais para decidirem sobre os litígios abrangidos pela convenção.⁶¹

Manifestando a vontade das partes de submeterem os seus diferendos a um tribunal arbitral, a sua celebração tem como consequência o nascimento, na esfera das partes, de um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral, ou seja, dando início ao processo arbitral e obrigando a outra parte a vincular-se às decisões proferidas pelo

efeitos do presente Contrato serão resolvidos por acordo, (...). 2 -Caso as PARTES conflitantes não cheguem a acordo, (...) a resolução dos conflitos aí referidos será confiada a um Tribunal Arbitral, (...)”

⁵⁹ Mariana França Gouveia, *Curso...*, p. 126.

⁶⁰ Cfr. art. 46º/3 al. a) iii) LAV.

⁶¹ O efeito negativo da convenção de arbitragem constitui um princípio fundamental do processo de arbitragem, que assegura a separação entre a jurisdição arbitral e estadual. Seguindo Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, p. 47 o efeito negativo traduz-se numa “*autolimitação pelo tribunal estadual do exercício da sua actividade pelo facto de perante ele se erguer uma convenção de arbitragem que lhe retira competência, a pedido de pelo menos uma das partes.*”

tribunal.⁶² Caracteriza-se assim por criar *ex novo* um tribunal exclusivamente competente para dirimir um certo litígio emergente da relação jurídica tutelada pela convenção.

A convenção de arbitragem, além de conferir o poder de dar início ao processo arbitral e assim impondo à contraparte a constituição do tribunal arbitral, pode vedar à contraparte o recurso ao tribunal judicial.⁶³

A forma legalmente exigida pela LAV para a convenção de arbitragem, regulada pelo disposto no art. 2º, explica-se pela necessidade de clareza quanto à existência, objeto e conteúdo da convenção, e até por uma questão de execução da própria convenção.⁶⁴

2.1.1 Subscrição de Convenções Arbitrais pelos Sócios

Encontramo-nos em sede de extensão objetiva da convenção de arbitragem. Algumas questões se podem colocar quando à subscrição de convenções arbitrais pelos sócios de uma sociedade.

No âmbito de uma sociedade as decisões são por norma tomadas em assembleia geral, baseando-se num princípio maioritário. Assim, face a este princípio bastaria que uma maioria societária votasse a favor da celebração de uma convenção de arbitragem para que esta pudesse ser legalmente inserida nos estatutos.

Questão que poderá imediatamente surgir respeita aos sócios que não votaram a favor desta decisão, e ainda aos futuros sócios da sociedade. *Quid iuris* no caso de um sócio

⁶² Sendo que a simples recusa de uma das partes em participar no processo arbitral não impede o seu prosseguimento nem evita tão pouco, que a parte não participante fique vinculada às decisões proferidas por aquele tribunal.

⁶³ Se a outra parte vinculada a convenção de arbitragem, propuser ação judicial, sobre matéria abrangida pela convenção, estamos perante um caso de incompetência absoluta do tribunal, por preterição de tribunal arbitral, prevista no art. 96º al. b) CPC, devendo esta ser suscitada oficiosamente pelo tribunal (art. 97º/1 CPC). Conhecida a incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral deverá o réu ser absolvido da instância nos termos do disposto no art. 99º/1 CPC. Daí que a convenção de arbitragem se caracterize também como um negócio jurídico processual. Antes da entrada em vigor do NCPC, a preterição de Tribunal Arbitral encontrava-se elencada nas várias alíneas do art. 494º (al.j) configurando exceção dilatória nominada.

⁶⁴ Para maiores desenvolvimentos nesta matéria Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, p. 38-43; e Mariana França Gouveia, *Manual...*, p. 128 e ss.

que só anos depois passa a fazer parte da sociedade? Ficará igualmente abrangido pela convenção de arbitragem?

Entendemos que sim.

Os estatutos de uma sociedade traduzem de certa forma o objeto da sociedade. Neles se encontram plasmados os interesses, direitos e obrigações dos acionistas. Qualquer cláusula inserida nos estatutos vincula os sócios daquela sociedade, sendo irrelevante que o sócio tenha aderido à sociedade após à adoção do mesmo.⁶⁵

Outro entendimento sobre esta matéria levaria necessariamente a uma multiplicação de jurisdições competentes, ma medida em que alguns sócios ficariam sujeitos à jurisdição arbitral, outros à jurisdição estadual. Tal situação seria inoportável no seio da vida societária.

Questão ligada à que acabamos de expor é a da possibilidade de os sócios celebrarem a convenção de arbitragem num acordo parassocial.⁶⁶ Numa análise linear, e porque não é este o objeto do nosso estudo, parece-nos ser seguro afirmar que a inserção de uma cláusula arbitral num acordo parassocial traduzirá a vontade dos sócios de que apenas essas matérias fiquem sujeitas a arbitragem. Caso contrário poderiam os sócios ter optado por uma alteração aos estatutos da sociedade, abrangendo assim qualquer litígio intra-societário.

Ponderamos agora a mesma situação no caso de a sociedade ter apenas dois sócios. Ficará a sociedade automaticamente vinculada à convenção de arbitragem celebrada pelos seus únicos dois sócios em convenção de arbitragem?

⁶⁵ Semelhante entendimento seguiu o Acórdão Powell Duffrin, do TJUE. Neste caso colocava-se a questão de saber se face a uma regra contida nos estatutos de uma SA pela qual os acionistas, por subscrição ou aquisição, aceitam sujeitar-se à resolução de litígios conforme convencionado pela sociedade. O Tribunal considerou que qualquer sócio que venha a integrar aquela sociedade se encontra sujeito aos pactos convencionados dos estatutos, sendo irrelevante que não tenha sido parte da deliberação que tomou a decisão. Ao tornar-se e permanecer acionista, este dá o seu consentimento para se submeter ao conjunto das disposições constantes dos estatutos, mesmo que algumas disposições não tenham o seu acordo.

⁶⁶ Os acordos parassociais encontram-se regulados no art.17º CSC. Apresentam como característica individualizadora o facto de com base neles não poderem ser impugnados atos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade, vinculando assim apenas os sócios que o subscrevam.

Aparentemente diferente, a questão é a mesma. O acordo parassocial apenas vincula os sócios nas relações entre si. Abrangidos pela convenção de arbitragem ficaram apenas os litígios que constem do acordo parassocial no qual se inseriu a cláusula arbitral. O facto de a sociedade ter apenas dois sócios não poderia aqui funcionar como fator extensivo do pacto convencionado para a sociedade. Não parece ser essa a vontade das partes. A sociedade será sempre uma entidade distinta dos sócios não se confundindo com estes.

Não cabem na nossa exposição maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, dada a sua complexidade. Optamos no entanto por introduzir o seu enunciado, pela relevância e consequências práticas que assume.

2.2 A Arbitrabilidade do Litígio - Requisito Prévio

Entende-se por arbitrabilidade a suscetibilidade de determinado direito de ser submetido a um tribunal arbitral.

A maioria dos autores, quando se refere a arbitrabilidade, pretende referir-se ao objeto do litígio. Mas a arbitrabilidade pode também referir-se a questões subjetivas de legitimidade das partes, como aferir da arbitrabilidade de litígios nos quais sejam partes o Estado ou outras entidades públicas. Não nos ocuparemos no nosso estudo da arbitrabilidade subjetiva, uma vez que, sobre este tema, vários capítulos poderiam ser escritos, e a sua complexidade não nos permite aqui resumi-la.

Nos termos anteriormente explicitados, a arbitragem assume um carácter privado, que trará, em certa medida, consequências públicas.⁶⁷ O carácter privado da arbitragem leva a que certas categorias de litígios fiquem reservadas aos tribunais estaduais.

Do carácter inarbitrável de certas matérias resulta a ideia de que existe, de facto, uma ligação bastante estreita entre estas matérias e os fundamentos da organização económica, moral e social que o Estado quer fazer respeitar.

⁶⁷ Redfern and Hunter citados por Sampaio Caramelo, *Critérios de Arbitrabilidade de litígios...*, p. 14.

A definição de matérias arbitráveis variará assim consoante não só o ordenamento jurídico em que se inserem, mas também os critérios de arbitrabilidade que esse mesmo ordenamento jurídico opte por definir.

A fim de delimitar quais as matérias consideradas arbitráveis, a doutrina e jurisprudência têm distinguido dois planos: o dos critérios de natureza conceitual, adotados pela maioria dos ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, apesar de conterem formulações menos flexíveis, e, noutros países, como os Estados Unidos e Inglaterra, a mera formulação de exceções ao princípio da livre arbitrabilidade pela doutrina e jurisprudência.⁶⁸

Os próximos capítulos serão dedicados à análise dos critérios de arbitrabilidade da LAV de 2011, realizando-se onde seja necessário uma comparação com o regime da antiga LAV de 1986.

2.2.1 Crítérios da Lei de Arbitragem Voluntária de 2011

“Diz-se arbitrabilidade a qualidade, própria de um litígio, atual ou possível no futuro de poder ser dirimido com recurso a árbitros.”⁶⁹

De acordo com o disposto nos números 1 e 2 do art. 1º da LAV⁷⁰ não são arbitráveis os litígios que estão sujeitos a arbitragem necessária⁷¹ e os que sejam da competência exclusiva de tribunais judiciais⁷². Excecionando os casos específicos, serão arbitráveis todos os litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial e ainda os que sejam respeitantes a interesses não patrimoniais se forem transacionáveis.

⁶⁸ Não iremos desenvolver o método da formulação de exceções ao princípio da livre arbitrabilidade de litígios por não ser este o critério adotado no ordenamento jurídico português.

⁶⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, p. 94.

⁷⁰ Lei nº 63/2011 de 14 de Dezembro.

⁷¹ Pense-se por exemplo no caso dos litígios referentes a matérias de direitos de autor ou patentes.

⁷² O que é excluído por via do art. 1º/1 LAV serão os conflitos cuja jurisdição competente é pública, como o caso do criminal e insolvência, por assim se encontrar expressamente previsto na lei.

Não foi sempre este o critério. A antiga LAV de 1986⁷³ consagrava, no seu art. 1º/1 o critério da disponibilidade de direitos pelo qual seriam arbitráveis os direitos considerados disponíveis, direitos que o seu titular pudesse alienar ou livremente dispor.

Este critério suscitava bastantes dificuldades a nível de aplicação prática, restringindo em demasia o leque de matérias arbitráveis.

Procederemos, nos pontos infra, à análise casuística de cada um dos critérios objetivos que têm sido apontados pela doutrina: ordem pública, disponibilidade e patrimonialidade.

2.2.1.1 Ordem pública

O direito francês terá sido dos que maioritariamente contribuiu para a evolução do critério de ordem pública. Durante muito tempo este critério excluía da arbitragem qualquer litígio que versasse sobre matérias deste tipo. Qualquer litígio que sendo regulado por normas imperativas, apresentasse ligação a matérias de ordem pública ficaria automaticamente vedado o seu julgamento por árbitros.

Neste período inicial, entendia a jurisprudência francesa que nenhuma controvérsia respeitante à interpretação e aplicação de normas de ordem pública podia ser decidida por árbitros. Esta conceção configurava-se como extremamente restritiva, uma vez que bastaria a invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública, independentemente do rigor jurídico dessa invocação, que imediatamente ficaria excluída a via arbitral.

Atendendo a estas dificuldades passaram os tribunais franceses a considerar que a ordem pública não suprimia sempre a possibilidade de se recorrer à arbitragem. Apenas nos casos em que a uma norma de ordem pública houvesse sido violada por contrato ou operação em causa no litígio, a arbitragem seria excluída.

Posteriormente, esses mesmos tribunais, acompanhados de uma maioria doutrinária, vieram admitir que a mera violação não poderia, por si só, excluir a arbitragem.

⁷³ Lei nº 31/86, de 29 de Agosto.

Foi a partir do século XX que algumas distinções nesta matéria se começaram a evidenciar. Das várias matérias enunciadas no CC, havia aquelas que pelo seu próprio objeto tocavam na ordem pública. Pensamos no caso de matérias referentes ao estado das pessoas e processos de insolvência, por exemplo.

No que a estas matérias concerne, as suas disposições de ordem pública assumem tamanha relevância, atendendo aos valores a tutelar, que o interesse geral seria violado pelo simples facto de nesses domínios se recorrer à arbitragem.

Seria diferente, por seu lado, o caso dos litígios sobre atos fundados no exercício de liberdade contratual. Aqui a ordem pública apenas poderia ser violada se tais regras, legais e imperativas, fossem efetivamente atingidas. Assim, o árbitro teria liberdade para analisar o litígio, não podendo, no entanto, na sua sentença pronunciar-se sobre questões de ordem pública, mais concretamente, sobre a violação de tais normas imperativas, de onde resultava que deveria declarar-se incompetente, se constatasse que a operação que constituía objeto do litígio era contrária a uma disposição de ordem pública.⁷⁴

Este critério passou então a ser visto como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade dos litígios.

A doutrina francesa não ficou no entanto satisfeita com esta evolução. Havia ainda algumas incongruências, nomeadamente com o Acórdão *Tissot*⁷⁵ que afirmava que a competência dos árbitros seria sempre uma questão prévia a ser analisada, e não já numa fase avançada do processo.

Estas críticas determinaram a passagem a uma nova fase, que é a atual.

Hoje considera-se que nada há de chocante no facto de um árbitro poder analisar e decidir uma questão de ordem pública. O carácter de ordem pública das normas aplicáveis não pode, por si só, ser causa de inarbitrabilidade do litígio. O árbitro poderá decidir questões que violem este tipo de normas. O Estado conserva desta forma, através de ação de anulação, a possibilidade de, *ex post*, controlar a sentença arbitral.

⁷⁴ António Sampaio Caramelo, *Critérios de Arbitrabilidade...*, p. 18 e ss.

⁷⁵ Acórdão da Cour de Cassation de 1950.

Esta evolução levou a que os critérios de disponibilidade e ordem pública se fundissem. O critério da disponibilidade consagrado no art. 2060º do CC francês perdeu a sua autonomia, pois que se fundiu com o critério da ordem pública. Um direito torna-se indisponível por razões de ordem pública.

O árbitro a quem é cometida a função jurisdicional de dirimir um litígio de acordo com o direito aplicável, tem o dever de aplicar as normas imperativas, e em especial as que sejam expressão da ordem pública do país onde ocorre o litígio, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas dessa natureza não deve constituir impedimento a que ele seja objeto de arbitragem. É precisamente a existência de um controlo de conformidade da sentença arbitral com a ordem pública que fundamentalmente justifica a liberalização das condições de arbitrabilidade, de onde resulta que se os árbitros não respeitarem a ordem pública a sua sentença poderá ser anulada por um tribunal estadual.

Não encontramos na LAV portuguesa qualquer menção ao critério de ordem pública.

2.2.1.2 Disponibilidade e Transigibilidade – O critério da LAV de 1986

A indisponibilidade caracteriza-se como *"a situação de um bem ou direito de que o respetivo titular não pode dispor, ou porque a lei determina que esse seja, temporária ou definitivamente, o seu regime, ou porque, por sua natureza, não é alienável."*⁷⁶

Este é o critério que maiores dificuldades de aplicação tem criado, sendo talvez por isso o mais criticado.⁷⁷ Era o principal critério de arbitrabilidade consagrado na LAV de 86 e hoje é ainda considerado critério subsidiário ao da patrimonialidade.

O critério da disponibilidade encontra-se intimamente ligado ao da transigibilidade. De acordo com o disposto no art. 1249º do CC *"As partes não podem transigir sobre*

⁷⁶ Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, p. 765.

⁷⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de arbitragem...*p. 6, considera infundadas as críticas tecidas quanto às dificuldades de aplicação do critério da disponibilidade, afirmando que o critério se apresenta como *"suficiente amplo e razoavelmente claro."* Afirma o autor que *"Para verificar a arbitrabilidade, deve analisar-se pois se, e em que medida (acentuo em que medida), as situações em causa são disponíveis. Se uma mesma convenção contemplar direitos disponíveis e direitos indisponíveis, poderá ser convalidada parcialmente por redução, aplicando-se os critérios gerais."*

direitos de que lhes não é permitido dispor, (...)”. Perante um direito disponível, o seu titular terá total liberdade para o modificar, aliená-lo e a ele renunciar.

A densificação deste conceito tem-nos sido facultada pela doutrina que procurou concretizar vários índices de disponibilidade, como se de “patamares” se tratasse.

João de Castro Mendes⁷⁸ distinguiu entre indisponibilidade absoluta e relativa, sendo que esta última corresponderia aos casos em que o titular do direito apenas dele poderia dispor em certas circunstâncias, considerando bastar a indisponibilidade relativa para que o litígio não seja arbitrável.

Já Sampaio Caramelo adotava uma posição diferente quando a este critério, afirmando que se a arbitrabilidade correspondesse a indisponibilidade absoluta *“isso implicaria restringir excessivamente o âmbito das matérias arbitráveis, pois que há direitos que, embora não sejam extinguíveis por vontade do seu titular, em todas e quaisquer circunstâncias, apesar disso, tendo esse direito carácter patrimonial, não se vê razão ponderosa (à luz da hierarquia ou grau de relevância dos valores ou interesses tutelados pelo ordenamento jurídico) para vedar a submissão à arbitragem de litígios a eles respeitantes.”*⁷⁹ Por outro lado, admitir que a disponibilidade da LAV de 86 era a relativa seria alargar a arbitrabilidade a campos inaceitáveis.

Lima Pinheiro⁸⁰, por seu turno, defendeu sempre o critério da indisponibilidade como sendo o melhor e o mais adequado a aferir a arbitrabilidade do litígio. *“O Critério da disponibilidade do direito é justificado, porquanto é nas relações que dependem da vontade das partes, e só nestas, que se deve admitir o exercício de uma atividade jurisdicional de particulares. A sujeição a arbitragem de relações indisponíveis permitiria facilmente às partes tornear a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que atuassem de acordo com a sua vontade.”*

⁷⁸ Castro Mendes, *Direito Processual civil...*, p. 206 e ss.

⁷⁹ António Sampaio de Caramelo, *A Disponibilidade do Direito...*, site da Ordem dos Advogados.

⁸⁰ Luís Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, 2005, p. 376.

Apesar das divergências doutrinárias, verificava-se em todos os autores uma certa tendência para o alargamento do conceito de arbitrabilidade.

A jurisprudência seguiu este entendimento no seu acórdão⁸¹, considerando o critério da disponibilidade apenas como obstáculo à arbitrabilidade dos litígios relativos a direitos absolutamente indisponíveis. Indisponível será assim apenas o direito que não pode nunca deixar de ser exercido, independentemente da vontade do seu titular. Isto significa que para que seja relativamente indisponível basta que o seu titular não seja obrigado a exercê-lo, isto é, que esteja na sua disponibilidade propor ou não ação destinada ao seu exercício.

Sampaio Caramelo⁸², por seu turno, e numa análise direcionada para a arbitragem, optou por distinguir entre disponibilidade forte e fraca. Neste caso a disponibilidade forte corresponderia aqueles casos em que o titular do direito poderia renunciá-lo mesmo antes de este se constituir na sua esfera jurídica. Em oposição, a disponibilidade fraca ocorreria quando o direito apenas fosse renunciável após a sua constituição na esfera jurídica do seu titular.

O critério da disponibilidade demonstrou ser mais obscuro que clarificador em termos de delimitação das matérias arbitráveis. O seu vício principal, para Sampaio Caramelo⁸³ reside no facto de se assimilar celebração da convenção de arbitragem a um ato de disposição.⁸⁴

A assimilação a um negócio autocompositivo, como seja por exemplo a renúncia, constitui em erro de raciocínio, uma vez que não se encontram entre os dois, quaisquer tipos de características que os aproximem.

Resulta também do exposto que o critério da disponibilidade apenas faria sentido no caso da disponibilidade forte. E isto porque, para efeitos de celebração de convenção de arbitragem releva que o direito seja disponível no momento da sua celebração, e não numa fase posterior.

⁸¹ Ver Ac. TRL, 25-6-2009 Junho de 2009, disponível em DGSI.

⁸² *Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios*, p. 25.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Também Raúl Ventura se pronunciou sobre esta matéria manifestando as suas reservas quanto a este critério na sua obra *Convenção de arbitragem*, p. 321.

Por outro lado, tomando a opção pela aceção da disponibilidade forte do direito, encontramos-nos numa situação na qual o leque de litígios arbitráveis se encontra extremamente reduzido, limitando o recurso à via arbitral.

O critério da disponibilidade do direito controvertido acabou por ser considerado inepto pela doutrina portuguesa, pelas dificuldades de apresentava na sua aplicação, tendo posteriormente sido substituído pelo critério da patrimonialidade.⁸⁵

2.2.1.3 Patrimonialidade

O critério da patrimonialidade, por seu turno foi o escolhido pelas leis suíça e alemã⁸⁶ e é, como dissemos, o consagrado pela atual lei portuguesa. Para Sampaio Caramelo⁸⁷ este será o critério que com maior facilidade e congruência nos permite determinar quais as controvérsias arbitráveis.

Devem ter-se como patrimoniais os interesses que possam ser avaliados em dinheiro. Um litígio será arbitrável se envolver qualquer tipo de interesse económico, não sendo relevante se a relação subjacente é comercial ou privada, civil ou administrativa, de direito nacional ou internacional.

Apenas será vedada a submissão a árbitros de controvérsias relativas a direitos de carácter não patrimonial (nomeadamente direitos de personalidade, estado civil das pessoas), nos quais em regra, estão em causa valores cuja tutela deve, à luz de conceitos

⁸⁵ Existem ainda no entanto alguns ordenamentos jurídicos que mantêm como principal critério de arbitrabilidade o da disponibilidade. Não o fazem sem no entanto recorrer à “bengala” da patrimonialidade. Exemplo típico do que acabamos de afirmar podemos encontrar na LAV Angolana A Lei nº 16/03 de 25 de Julho, consagra no seu art. 1º, que “*Todos aqueles que dispuserem de capacidade contratual podem, nos termos da presente lei, recorrer a um tribunal arbitral para resolver litígios relativos a direitos disponíveis, mediante convenção de arbitragem, desde que por lei especial não estejam exclusivamente submetidos a Tribunal Judicial ou a arbitragem necessária.*” O critério adotado mantém-se assim o da disponibilidade do direito controvertido. No entanto, o legislador astutamente insere no preâmbulo da lei uma referência subtil ao critério da patrimonialidade: “ (...) *para a solução de eventuais conflitos sobre direitos patrimoniais, considerados disponíveis por lei, devido às enormes vantagens que lhe são reconhecidas,(...).*”

⁸⁶ No caso da lei alemã é feita uma combinação do critério do direito patrimonial controvertido e a transigibilidade.

⁸⁷ *Critérios de Arbitrabilidade do litígio...*, p. 34.

fundamentais que enformam o nosso sistema jurídico, ser reservada aos tribunais do Estado.

Mariana França Gouveia⁸⁸ considera, no entanto, que este poderá ser o critério menos seguro, no sentido em que podem as partes não conseguir executar a sentença arbitral fora do país onde a mesma foi proferida. Caso o país de reconhecimento não seja liberal em matéria de arbitrabilidade poderá não ser possível o reconhecimento e posterior execução da decisão.

A extensão da arbitrabilidade está intimamente relacionada com o poder de intervenção do Estado - um Estado muito intervencionista, no limite ditatorial, não permitirá certamente a existência de tribunais privados com a mesma legitimidade que os *seus*.

O critério principal tem a vantagem de ser de muito simples aplicação⁸⁹: sempre que estiver em causa um interesse pecuniário ou económico a arbitragem é admissível.⁹⁰ O legislador português optou ainda por introduzir um segundo critério de forma a ampliar e restringir a patrimonialidade: o de indisponibilidade do direito.

Nos termos do número 2 do art. 1º da LAV, é ainda admissível a convenção de arbitragem relativamente a direitos não patrimoniais que sejam transacionáveis.

Rege o art. 289º do CPC que os litígios relativos a direitos indisponíveis não podem ser objeto de transação. O critério da transação é assim o da indisponibilidade tal como anteriormente havíamos explicitado.

As dificuldades apontadas quanto à densificação do conceito de indisponibilidade mantêm-se ainda hoje. Apenas não se apresentam tão contestáveis por se encontrarem em segundo plano.

⁸⁸ *Curso...*, p. 138.

⁸⁹ Contrariamente, Carlos Ferreira de Almeida, *in Convenção de Arbitragem...*p. 7, afirma ser o critério da patrimonialidade insatisfatório, transformando em casos difíceis alguns casos de fácil resolução pela via do critério da disponibilidade. Invoca como exemplo certas situações de direito da família, como a alienação de bens de menores sujeita a autorização judicial.

⁹⁰ Manuel Pereira Barrocas, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, p. 26.

Este critério passou a ser subsidiário do critério da patrimonialidade: um litígio não patrimonial que seja relativamente indisponível é, ainda assim, arbitrável.

Apenas quanto a controvérsias relativas a interesses de carácter não patrimonial, deverá ser vedada aos árbitros a sua apreciação, nos quais em regra estão em causa valores cuja tutela deve, à luz dos conceitos fundamentais que enformam o nosso sistema jurídico ser reservados aos tribunais do Estado.

Sampaio Caramelo⁹¹ considera, à semelhança do que foi feito com a lei alemã de 1988, que a conjugação do critério da patrimonialidade e da transigibilidade é de louvar. Esta solução permite alargar o leque de questões arbitráveis.

Se considerarmos o exemplo dos direitos de personalidade verificamos que sobre estes pode o seu titular celebrar determinados negócios jurídicos, limitando-os e modificando-os. Nestes casos, por iniciativa do titular, verifica-se um *downgrading* do direito em si considerado.

Num caso como este, em que é o titular do direito que, por sua iniciativa, limita a tutela conferida pelo legislador deixam de existir razões ponderosas que justifiquem a subtração de litígios decorrentes desses direitos à sua apreciação por árbitros. Esta situação apenas se configura como possível pela via da combinação dos dois critérios: patrimonialidade e disponibilidade.

Importa lembrar quanto a esta matéria, que não significa isto que outros critérios, que não de ordem conceitual mas sim decorrentes da doutrina e jurisprudência concorram com os critérios acabados de enunciar, a fim de aferir quais os litígios arbitráveis.

Reconhecemos ainda que a insusceptibilidade de resolução de litígios por via arbitral poderá surgir por via dos critérios enunciados supra, mas poderá também resultar não da natureza do direito controvertido, mas sim das características intrínsecas da própria convenção de arbitragem.

A base contratual da convenção, celebrada entre duas partes, poderá colocar problemas ao nível de algumas categorias de litígios que exigem soluções centralizadas,

⁹¹ *Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios*, p. 35.

capazes de ser impostas a todos os que por ela seja afetados (independentemente de estarem ou não vinculados à convenção de arbitragem). Nestes casos, poderá a arbitragem não ter aptidão para ser um eficaz meio de resolução de litígios.

3. Arbitrabilidade de Exclusão de Sócio numa Sociedade por Quotas com dois Sócios

Chegamos ao ponto fulcral da nossa exposição, saber se, e em que medida, um litígio que surja da exclusão de um sócio numa sociedade por quotas com apenas dois sócios é passível de ser dirimido por tribunal arbitral.

A matéria de arbitrabilidade de litígios societários é um tema que ainda hoje apresenta zonas cinzentas. A impugnação de deliberações sociais é, por exemplo, uma das matérias para as quais não existe ainda solução.

As disputas que surjam em sede de arbitragem societária incidirão necessariamente sobre questões comerciais. Não obstante, a arbitragem e o direito societário apresentam-se ainda como realidades bastante distintas e de aparente difícil conciliação.

Por um lado, não podemos deixar de falar em direito societário sem pensarmos em disputas contratuais, relacionadas com os estatutos da sociedade, que envolverão direitos dos sócios, e disputas entre estes e a sociedade. Mais acresce que, num esforço de regular e tutelar estas questões, cada ordenamento jurídico, em consonância com os seus princípios orientadores, tem legislado no sentido de adotar normas protetoras dos sócios e acionistas, transformando o direito societário num ramo de direito bastante nacional.

Por outro lado, o contacto do contencioso societário com o regime de arbitragem voluntária constitui uma questão particularmente interessante⁹² na medida em que, a arbitragem foi tipicamente configurada para um universo simples (duas partes em litígio, cada uma nomeando o seu árbitro), ao passo que todo o contencioso societário se baseia numa regulamentação do coletivo, no interesse da pluralidade, os sócios.

A arbitragem, bem como o processo civil, foi construída com a matriz de ação singular: autor e réu. “*Sempre que existem mais objetos ou mais partes, falamos de arbitragens complexas*”.⁹³

⁹² Paula Costa e Silva, *Anulabilidade e tutela coletiva...*, p. 357-391.

⁹³ Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, *Arbitragens complexas...* p. 111.

Na área da arbitragem esta questão assume maior relevância uma vez que se ponderam interesses de carácter individual de cada um em confronto com os interesses da coletividade. As consequências que daqui resultam atingem o seu exponencial nos casos em que a decisão deva assumir um contido necessariamente uniforme para a coletividade.

Não obstante, a conciliação dos dois regimes parece-nos hoje de extrema relevância. No quadro normativo português, não encontramos ainda regras específicas que visem regulamentar determinadas questões de contencioso societário. É verdade que uma boa interpretação das regras gerais existentes de direito societário e de direito da arbitragem nos construir soluções para muitos problemas que a ausência de regulamentação legal possa levantar. Mas simultaneamente, situações como esta criam uma indesejável insegurança jurídica.

A orientação da doutrina e jurisprudência tem sido, invocando o princípio do *favor arbitrandum*, no sentido de permitir a arbitrabilidade de questões societárias.⁹⁴ De acordo com este princípio a inarbitrabilidade seria a exceção e não a regra.

Esta posição parece-nos no entanto insuficiente, urgindo a necessidade de “*criar um texto legal, seja ele mais ou menos detalhado, dedicado à arbitragem societária.*”⁹⁵

Nos pontos seguintes iremos analisar, em concreto, a possibilidade de submeter a um tribunal arbitral a exclusão de um sócio numa sociedade por quotas com apenas dois sócios. Adiantamos desde já que desde 2011, com a publicação da nova LAV, algumas das dúvidas relativas à suscetibilidade de submeter a arbitragem determinados litígios societários em virtude das suas características substanciais, se dissiparam ligeiramente, com a consagração do princípio da patrimonialidade.

⁹⁴ Um dos temas mais debatidos tem sido a arbitrabilidade de anulação de deliberações sociais. Para um estudo aprofundado sobre esta matéria ver Tânia Zarco de Oliveira Santos, *A arbitrabilidade de Questões Societárias: a impugnação de deliberações sociais*.

⁹⁵ Rui Pereira Dias, *Alguns Problemas Práticos...* p. 292.

3.1 A Arbitrabilidade de Questões Societárias

Um dos tipos de arbitragem que maior relevância tem assumido é a arbitragem societária, que tenha por objeto um litígio emergente de uma relação jurídica qualificada como comercial.⁹⁶

Por força do princípio do *favor arbitrandum*⁹⁷, as arbitragens societárias têm sido consideradas arbitráveis. Serão assim arbitráveis os litígios que surjam entre a sociedade e os seus sócios.

Nesse sentido se pronunciam Manuel Pereira Barrocas⁹⁸ e António Sampaio Caramelo⁹⁹, tendo este último observado o seguinte: “*Tendo em conta os principais critérios usados para a determinação das controvérsias que podem ser submetidas a arbitragem, verifica-se que, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, a grande maioria dos litígios intra-societários é considerada como arbitrável.*”

Esta asserção vale não só para as ordens jurídicas que adotam critérios de arbitrabilidade de carácter conceitual, mas também para aquelas que, sem recurso a qualquer desses critérios, se limitam a formular, através de leis ou da jurisprudência dos tribunais, um número maior ou menor de exceções ao princípio geral de livre arbitrabilidade das controvérsias nelas acolhido - como acontece em numerosos países de *common law*, nomeadamente, na Inglaterra e nos E.U.A.

Consideramos assim, quanto à primeira parte da questão que os litígios em matéria societária serão considerados arbitráveis.

Partindo do pressuposto que estamos perante um caso no qual temos uma convenção de arbitragem validamente celebrada, cumpre saber se o litígio é arbitrável segundo os critérios da LAV. “*Diz-se arbitrabilidade a qualidade própria de um litígio, atual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros*”.¹⁰⁰

⁹⁶ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, p. 37.

⁹⁷ Ao passo que por exemplo, na lei de arbitragem espanhola, fruto de uma recente alteração normativa foram incluídos os art. 11 bis e 11 ter, que passam a admitir expressamente que as sociedades podem submeter os seus conflitos a arbitragem.

⁹⁸ *Lei da Arbitragem Comentada*, p. 34.

⁹⁹ *Arbitragem de Litígios Societários*, p. 9.

¹⁰⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem...*p. 94.

O critério adotado pela LAV portuguesa é o da patrimonialidade. No entanto, e uma vez que a nossa exposição assume também uma vertente pedagógica, iremos analisar a questão também em face do critério da disponibilidade, tendo este sido adotado pela LAV de 86, e o que permanece ainda em vigor em diversos ordenamentos jurídicos.

A matéria de exclusão de sócio assume uma tal especificidade que obriga a que a construção do seu regime legal seja feita com base no cruzamento de várias disposições legais.

Do estudo realizado¹⁰¹ verificamos que, não obstante a regulação estipulada art. 242º do CSC, o mesmo é omissivo quanto à hipótese *sub judice*. Alcançamos assim uma solução jurídica que nos leva à aplicação do regime do art. 1005º/3 do CC que comete a um Tribunal a decisão sobre a exclusão. Sucede que nem no CC, nem em qualquer outro diploma legal encontramos norma que diga que esse tribunal deverá ser um tribunal judicial.

Ora, conforme analisado, a Constituição da República Portuguesa¹⁰² coloca lado a lado o acesso ao direito quer pela via dos tribunais judiciais, quer pela via do recurso aos tribunais arbitrais.

Em nossa opinião o n.º 3 do art. 1005º do CC deverá ser interpretado no sentido de abranger não apenas a jurisdição dos tribunais judiciais, mas também dos tribunais arbitrais. Doutrina e jurisprudência assim o têm entendido.¹⁰³

Ultrapassada esta questão, e não negligenciando o facto de que poderão posteriormente surgir outras questões processuais que não cumpre aqui analisar, passamos então à subsunção do nosso caso aos critérios da LAV.

¹⁰¹ Conferir ponto 1.3.

¹⁰² Cfr. art. 209º/2.

¹⁰³ Ac. TRP, 20-7-2006, disponível em DGSI, decidiu que a nomeação de membros para o concelho fiscal, ao abrigo do art.418º CSC, constitui um direito potestativo, mas de exercício judicial. “*Tal não exclui a possibilidade de existência de um litígio como pressuposto de intervenção do tribunal arbitral, prevista em cláusula compromissória.*”

3.1.1 Critério da Disponibilidade

O critério da disponibilidade, adotado pela LAV de 86 foi, como vimos, amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência pela sua obscura e difícil aplicação prática.

De acordo com este critério seriam arbitráveis os direitos considerados disponíveis, ou transigíveis, aqueles a que o seu titular pudesse livremente renunciar ou alienar.

Tendo em consideração tudo o anteriormente exposto, se o pedido da ação arbitral for a exclusão de um dos sócios, com as respetivas consequências indemnizatórias, importa em primeiro lugar verificar se estamos perante qualquer das situações que a doutrina considera como de duvidosa arbitrabilidade, como é o caso dos direitos de personalidade, algumas relações do direito da família, direitos sucessórios, direitos relativos ao arrendamento, direitos do consumidor.

O direito de exclusão de sócio não é elencado como de arbitrabilidade duvidosa, por via do critério da disponibilidade.

Desde logo as partes podem fixar livremente o conteúdo do contrato de sociedade, podendo igualmente, resolver eventuais litígios dele decorrentes, por via negocial.

Embora não seja líquida a natureza do direito que incide sobre as quotas sociais (direito real, direito de crédito, mera expectativa jurídica, direito corporativo etc.)¹⁰⁴, a verdade é que esse tipo de participação social e os correspondentes direitos sociais são bens suscetíveis de apropriação individual inseridos no âmbito do direito de propriedade, legalmente consagrado e constitucionalmente tutelado gozando, por isso, da livre disponibilidade do direito, próprio da propriedade, dentro dos limites da lei.

Podemos assim afirmar que, o direito que incide sobre a quota social é, disponível, por natureza, porque poderá ser constituído, modificado ou extinto por ato jurídico, sendo por isso negociável (transigível); exige um titular determinado, com exclusão de todos os demais; é um direito de natureza patrimonial, pois é constituído por uma entrada, em dinheiro ou em espécie, sendo a sua transacionabilidade determinada pelo valor intrínseco da quota, em si, ou da sociedade, como um todo, na medida em que esta tenha ou não

¹⁰⁴ Luís Brito Correia, *Direito Comercial*, p. 289 e ss.

capacidade para gerar mais-valias ou rendimentos, igualmente de natureza patrimonial e por último, poderá ser constituído, modificado ou extinto por ato jurídico.

Acresce que aferir da suscetibilidade de sujeitar a arbitragem o direito de exclusão de sócio estará necessariamente ligado com a decisão que se tome quanto a questões por nós anteriormente estudadas.

Em termos lógicos deverá o raciocínio seguir da seguinte forma, a possibilidade de exclusão de sócio encontra-se prevista na lei no art. 242º do CSC - para o que ora nos interessa. Vimos também que no caso de sociedades por quotas com apenas dois sócios, a decisão de exclusão deverá ser cometida a um tribunal pelo disposto no art. 1005º/3 do CC, não havendo lugar a deliberação pelos sócios. Em nossa opinião nesta disposição incluem-se também os tribunais arbitrais.

O direito de exclusão fundamenta-se no interesse social de conservação da empresa em face dos sócios que perturbam a prossecução do respetivo objetivo social.

Alguma doutrina fundamenta a indisponibilidade do direito de exclusão de sócio na transcendência desse interesse social – que alguns autores chegam mesmo a qualificar como de interesse público - e dado que o mesmo é hierarquicamente superior aos interesses dos sócios, não podendo a sociedade renunciar a ele nem tão pouco aliená-lo. Tal direito seria *hoc sensu* indisponível. Acolheu este entendimento o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro de 2005¹⁰⁵.

Assim um litígio referente ao exercício desse direito seria insuscetível de decisão por árbitros de acordo com o critério da disponibilidade.

Não concordamos com este raciocínio. É verdade que existe um interesse superior da sociedade em excluir o sócio inadimplente. Mas esse interesse não será exclusivo da sociedade. Caberá também aos demais sócios que concertam esforços para a prossecução do objetivo social.

¹⁰⁵ Ac. STJ, 15-2-2005, disponível DGSJ “O instituto da exclusão de sócio encontra fundamento na proteção do fim do contrato de sociedade, traduzido no interesse social. Assim, a exclusão justifica-se quando o interesse social é posto em causa por um sócio que, por via da violação das suas obrigações, conduza a resultados ou efeitos que prejudiquem o fim social.”

Este é um direito que apesar de não poder a sociedade e os sócios a ele renunciar, ou modificar o seu conteúdo pode optar por não o exercer. A sociedade é livre de deliberar ou não a destituição do sócio, assim como o socio não excluído é livre de intentar ou não a ação de exclusão de socio.

Este direito configura-se como um direito relativamente disponível, no sentido de que não estando na disponibilidade do sócio renunciar-lhe antecipadamente (809º CC) ou determinar-lhe o seu conteúdo, estará naturalmente na mão deste aceitar ou não e do outro sócio exercê-lo ou não.

A disponibilidade do direito afere-se quanto à sociedade nuns casos, e quanto aos sócios quando a sociedade por quotas tenha apenas dois sócios.¹⁰⁶

A definição de direito indisponível que adotarmos assume aqui também grande relevância no que concerne a sabermos se a questão é ou não arbitrável. Como vimos anteriormente a doutrina distinguiu diversos patamares de disponibilidade de direito. Consideramos que indisponíveis serão os direitos que não podem deixar de ser exercidos independentemente da vontade do seu titular. Logo o direito de exclusão de sócio é disponível.

Este será sempre um direito disponível, ou pelo menos relativamente disponível na medida em que, apesar de não estar na disponibilidade do sócio renunciar-lhe antecipadamente, ou determinar-lhe o seu conteúdo, estará naturalmente na sua mão exercê-lo ou não.

É seguro afirmar que ainda que hoje o critério da LAV permanecesse o da disponibilidade do direito controvertido, a ação de exclusão de sócio numa sociedade com dois sócios poderia ser decidida pela via arbitral.

¹⁰⁶ Cfr. Ponto 1.3.2.

3.1.2 Critério da Patrimonialidade

A LAV de 2011 optou por conjugar o critério da patrimonialidade dos interesses em litígio, a que se refere o nº1 do art. 1º, com o da transigibilidade do direito controvertido, acolhido no nº2, como critério subsidiário para a delimitação dos litígios arbitráveis.

Este é sem dúvida o critério que confere menores dúvidas e maior segurança na sua aplicação, por permitir uma melhor identificação das matérias que podem ser sujeitas a arbitragem.

Alguns autores alegam, no entanto, que este critério não soluciona todos os problemas uma vez que existem direitos patrimoniais sobre os quais os seus titulares não podem dispor livremente, devido à natureza dos interesses que lhes subjazem.¹⁰⁷

Este argumento não procede uma vez que não existe nenhuma razão ponderosa que se oponha a que litígios relativos a direitos indisponíveis, mas de carácter patrimonial, sejam dirimidos por árbitros. Mesmo que sobre os direitos controvertidos não possa ser celebrada transação, poderão sempre daí resultar interesses de carácter patrimonial, o que os torna arbitráveis.

Uma ação de exclusão de sócio comportará, necessariamente, interesses patrimoniais. Desde logo conforme previsto no art. 242º do CSC, não havendo disposição contratual em sentido diverso, o sócio terá direito ao valor da sua quota, pago nos termos prescritos para a amortização de quotas. Será difícil, por aqui afirmar que a exclusão de sócio não tem ínsitos interesses de carácter patrimonial. A própria quota em si, por se traduzir num valor pecuniário, numa entrada em dinheiro, confere cariz patrimonial à qualidade de sócio.

Mais acresce que, numa ação de exclusão de sócio poderão ser peticionadas indemnizações que visem ressarcir os danos causados pelo sócio excluído.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Neste sentido Joana Galvão Teles, *A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, p. 6.

¹⁰⁸ Assim decidiu o Ac. STJ 30-11-1995 disponível em (CJ) Processo 87.168: “Desde que a actuação deste sócio provoque prejuízos à sociedade, esta pode solicitar indemnização que a compense por tais prejuízos.”

Salientamos, por outro lado, que nenhum dos mencionados obstáculos à sujeição a arbitragem de algumas categorias de litígios intra-societários existe nas ordens jurídicas que delimitam o âmbito da arbitrabilidade com base no critério de patrimonialidade do direito controvertido.

Com efeito, dada a natureza patrimonial que assumem, direta ou indiretamente, os interesses em jogo nos litígios intra-societários, são estes pacificamente considerados como arbitráveis, à luz deste critério.

Contudo, ainda que subsistissem dúvidas, a verdade é que a doutrina e a jurisprudência dominantes são favoráveis à aplicação do princípio do *favor arbitrandum*, em caso de dúvida sobre a arbitrabilidade.

Por tudo o exposto facilmente se compreenderá que há luz dos critérios definidos pela LAV de 2011, a ação de exclusão de sócio numa sociedade por quotas com dois sócios deverá ser considerada arbitrável.

3.1.3 Eventuais Exceções ao Princípio do *Favor Arbitrandum*

Poderão eventualmente surgir exceções à regra da livre arbitrabilidade do litígio, e ao princípio do *favor arbitrandum*.

A matéria de exclusão de sócio numa Sociedade com dois sócios, que seja objeto de uma arbitragem, não se encontra, no entanto, contida em nenhuma das exceções à livre arbitrabilidade dos litígios, porque não existe lei especial que determine a sua submissão a Tribunal Judicial ou arbitragem necessária.

A tutela jurisdicional assegurada pela CRP¹⁰⁹ abrange por um lado a tutela judicial, confiada aos Tribunais judiciais; e também a seu lado a tutela Arbitral, confiada aos Tribunais Arbitrais, sendo certo que as sentenças arbitrais, proferidas nos termos previstos na LAV, produzem, entre as partes, os mesmos efeitos das sentenças judiciais e

¹⁰⁹ Cfr. art.209º/2.

sendo condenatórias têm força executiva.¹¹⁰ A doutrina e jurisprudência são unânimes em considerarem arbitráveis os conflitos societários, entre os quais os que resultam da exclusão de sócio nas sociedades por quotas.¹¹¹

Avelãs Nunes¹¹² afirma expressamente não existirem razões ponderosas que justifiquem o afastamento do recurso à arbitragem, negando o argumento que é por razões de interesse e ordem pública que não poderá o litígio ser decidido por árbitros.

Poder-se-ia colocar a questão de se considerar o CSC como lei especial, para concluir que a resolução do litígio tenha de ser resolvida por um Tribunal Judicial.

Partindo de tal premissa, não seriam as disposições dos CC aplicáveis, uma vez que se passariam a ser consideradas regras gerais face ao CSC. Só que a disposição legal do CSC, aplica-se, apenas, à exclusão de sócios no caso de sociedade por quotas com pluralidade de sócios, mediante prévia deliberação social tomada nesse sentido, o que não é o caso das sociedades por quotas com apenas dois sócios.¹¹³⁻¹¹⁴ Neste caso a exclusão de sócio deverá ser pronunciada pelo tribunal.¹¹⁵

E aqui (art.º 1005º/3 do CC) não se refere decisão judicial (como acontece no CSC), mas, tão só, tribunal, o que inclui, necessariamente, o Tribunal Arbitral, por não haver qualquer razão objetiva ou fundamento, de ordem pública ou qualquer outra natureza, para subtrair as decisões relativas aos litígios de exclusão de sócios a este tipo de tribunais.

¹¹⁰ Cfr. art. 47º LAV.

¹¹¹; Ac. TRL, 18-5-1977, disponível em (CJ, 1977), que reconhece a um tribunal arbitral jurisdição e competência para o Inquérito Judicial a sociedades comerciais, previsto no art.1479º do CPC; Tânia Vanessa Zarco de Oliveira Santos, *A Arbitrabilidade das Questões Societárias: a impugnação das deliberações sociais*, p.20; António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de Litígios Societários*, p. 9, Manuel Pereira Barrocas, *Lei da Arbitragem Comentada*, p. 33 e 34.

¹¹² Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios* ...p. 240-250, NR nº 162, embora com referência a legislação já revogada, mas substituída por outra que a não contraria.

¹²⁶ Cfr. Ponto 1.3.1.

¹¹⁵ Como resulta do art. 1005º/3 CC; *vide*, na jurisprudência portuguesa, Ac. TRG, 14-03-2013, Ac. TRL, 04-10-2005 e Ac. TRL, de 05-07-2000, todos disponíveis em DGSJ.

A verdade é que o CSC não constitui, por si só, lei especial, considerando que a lei geral é de base universal e a lei especial aplica-se, subjetiva ou objetivamente, a situações particulares.

Ora, o CSC é lei especial, relativamente ao CC, assim como a LAV é lei especial, relativamente ao CPC, porque se aplicam, objetivamente, a situações particulares.¹¹⁶ Contudo, em matéria societária, a lei geral é o CSC, que, nos casos em que não puderem ser resolvidos, nem pelo seu texto, nem pelos casos análogos nele previstos, são regulados pelo CSC e, na sua falta, pelas normas do CC.

O fundamento legal da aplicação de uma disposição do CC, para a exclusão de um sócio numa sociedade por quotas com dois sócios, é, assim, sintetizada por António Menezes Cordeiro¹¹⁷: "*Sociedades com dois sócios: O 1005º/3 do CC dispõe que, nas sociedades que tenham apenas dois sócios a exclusão de um deles só pode ser pronunciada pelo tribunal. O CSC não tem um preceito equivalente. Mas deve inferir-se do sistema. Pelo seguinte: (a) segundo o 246º/1 c), depende de deliberação social a exclusão de sócios; (b) de acordo como o 251º/1 d), o próprio sócio excluído não pode votar. Logo, numa sociedade com apenas dois sócios, a exclusão de um deles seria possível só pela vontade unilateral do outro: uma solução em sentido que, não tendo saída legal, encobre uma lacuna, a integrar, ex art. 2º, com recurso ao art.º 1005º/3 do CC. Assim o entende – e bem – a jurisprudência*¹¹⁸. *Procedimentos: a ação de exclusão deve ser proposta pela sociedade ou deliberada pelos sócios (242º/5)*¹¹⁹; *deve ainda ser autorizada pela assembleia geral*¹²⁰. *Exceto havendo apenas dois sócios. Compete ao*

¹¹⁶ Seguindo a definição de Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, p. 962: "A norma especial consagra um regime que não que, não se encontrando em oposição ao regime geral, tem, em relação a este, certas particularidades, conformes com o sector específico de relações a que se aplica. Isto é, constituindo a previsão da norma especial um subconjunto da previsão da norma geral, caracterizado como uma espécie desta última, o regime estabelecido pela norma especial tem, relativamente ao regime geral, as especificidades adequadas à espécie que contempla." Por seu turno, a norma geral "constitui o regime regra do tipo de situações ou relações que regula."

¹¹⁷ *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, anotação ao art. 242º.

¹¹⁸ São citadas as seguintes decisões: Ac. STJ, 9-12-1999; Ac. TRC 14-3-2000; Ac. TRC 11-11-2003; Ac. TRP, 2-11-2004 e Ac. TRP, 4-10-2005.

¹¹⁹ Ac. STJ, 9-2-1995.

¹²⁰ São feitas as seguintes citações: Ac. STJ, 23-5-1996, Ac. TRP 7-3-2005.

*autor invocar os fatos de onde se retire a causa de exclusão*¹²¹. Além disso, a ação pode ser acompanhada por um pedido de indemnização pelos prejuízos.¹²²

Ou seja, a exclusão de sócios, em sociedade por quotas com apenas dois sócios, fundamenta-se, não no CC, em si, mas no CSC que remete para este diploma, pelo que não faz sentido a questão suscitada, sobre a prevalência da lei especial sobre a geral¹²³.

Com relevo para o caso que nos ocupa, António Sampaio Caramelo, pronunciando-se sobre a Arbitragem de Litígios Societários, escreveu¹²⁴: *"(...) a arbitragem não pode ser vista como uma jurisdição de segunda ordem, fonte de perigo ou de imprevisibilidade, quando é certo que está prevista na lei e por esta equiparada à jurisdição estadual, não se lhe podendo atribuir carácter excepcional. Daí concluem os mesmos autores que escolher a arbitragem é escolher apenas uma outra via de solução jurisdicional de conflitos"* e ainda *"A resolução de conflitos por arbitragem é alternativa legítima e eficaz à prestação jurisdicional do Estado; exclui a jurisdição estatal, mas substitui-a por juízo equivalente."*¹²⁵

O direito de exclusão de sócio pode resultar de uma determinação legal ou convencional. Não existindo qualquer cláusula no contrato de sociedade que preveja a exclusão das sócios, esta só pode resultar da lei, porque no direito societário prevalece a ideia da subordinação do interesse individual dos sócios ao interesse da sociedade, à realização do escopo comum e ao próprio interesse do comércio e da economia em geral.

O fundamento legal do direito de exclusão de sócios e a sua validade resultam da necessidade de conservação da empresa social – contrato de fim comum – como organização económica, de expressão marcadamente patrimonial que se pretende estável, no interesse geral, e no interesse dos próprios sócios.

¹²¹ Ac. TRL, 4-11-1993.

¹²² Ac. STJ 30-11-1995.

¹²³ Cfr. art. 7º/3 CC.

¹²⁴ António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de Litígios Societários*, p.17.

¹²⁵ Ob., p. 31.

O direito de exclusão de sócios surge, assim, como inerente à própria natureza do contrato de sociedade, ou seja, deverá fundar-se na própria lei a justificação imediata do direito de exclusão: o sócio que entrava a boa marcha dos negócios sociais, cuja presença se torna incompatível com a exploração conveniente da empresa social, deixa de cumprir a obrigação fundamental de colaborar na realização do escopo comum, o que confere à sociedade a faculdade de o afastar¹²⁶.

De todo o exposto conclui-se que a matéria em questão não se inclui em nenhuma das exceções ao princípio do *favor arbitrandum* que pudesse justificar a sua inarbitrabilidade.

¹²⁶ Avelãs Nunes, ob. p. 273.

Conclusão – Posição adotada

Atento o exposto, é possível concluir que ação de exclusão de sócios numa sociedade por quotas com dois sócios é arbitrável.

No que ao regime de exclusão concerne, consideramos a sua consagração no CSC insuficiente, na medida em que não é feita qualquer referência ao regime de exclusão de sócio nos casos de sociedades com apenas dois sócios. Esta omissão de regime conduzirá sempre a incertezas.

A fim de preencher tal lacuna consideramos que uma ação de exclusão de sócio nestes termos deverá sempre ser decidida pelo Tribunal, sem que seja necessária uma deliberação de sócios, uma vez que numa sociedade com dois sócios esta se traduziria num ato manifestamente inútil.

A ação judicial de exclusão num caso como este deverá ser intentada pelo sócio não excluendo, e não pela sociedade como alguma jurisprudência faz crer, pela via do disposto no art. 1005º/3 do CC (aplicável por remissão do disposto no art. 2º do CSC).

No seu nº 3, o art. 1005º do CC, contrariamente ao que sucede no art. 242º do CSC, não refere a expressão judicial quando se refere ao tribunal. Em nossa opinião, e uma vez que a própria CRP no seu art. 209º/2 coloca lado a lado os tribunais judiciais e arbitrais, a expressão “*tribunal*” contida na norma do CC deverá também abranger os tribunais arbitrais.

A questão da arbitrabilidade de litígios societários encontra-se hoje resolvida, pelo menos para a maioria da doutrina, pela adoção do critério da patrimonialidade dos litígios controvertidos na LAV de 2011. A subsidiariedade do critério da disponibilidade veio permitir o alargamento do leque de matérias suscetíveis de serem submetidas à decisão de árbitros.

Para que determinada matéria possa ser considerada arbitrável terá não só de constar de convenção de arbitragem, na qual se encontre expressa a vontade das partes em submeter os seus litígios a jurisdição privada, mas também de ser arbitrável à luz dos critérios indicados.

Em favor do critério da patrimonialidade do interesse em litígio manifestámos já a nossa opinião. O litígio seria arbitrável pois da exclusão de um sócio resultaram sempre consequências que se poderão traduzir em valores pecuniários. A mais evidente serão as indemnizações que caibam às partes.

Pelo critério da disponibilidade do direito são muitas as questões que surgem. No entanto o litígio seria sempre arbitrável. Não obstante o sócio não poder renunciar ou modificar o direito de excluir o sócio inadimplente, poderá escolher entre exercê-lo ou não. Esta última e importante afirmação é o principal fundamento para que se considere este direito um direito disponível.

Mesmo considerando todas as dúvidas, tem-se verificado uma tendência geral na doutrina e jurisprudência para o alargamento das matérias societárias consideradas arbitráveis. Para isso muito tem contribuído a invocação do princípio do *favor arbitrandum*, que torna a inarbitrabilidade a exceção e não a regra.

A ligação do contencioso societário com as matérias da arbitragem apresenta-se como um tema de extrema relevância, especialmente se considerarmos que as características individualizadoras de cada um não são semelhantes.

A arbitragem voluntária tem conhecido em Portugal um crescimento exponencial. Ainda assim, não podemos deixar de notar que ao contrário de certos países, como por exemplo Espanha, a nossa LAV continua a não conter qualquer norma referente a litígios societários.

Urge suprir esta lacuna. Só assim poderemos criar um sistema de resolução alternativa de litígios mais seguro e eficaz e, acima de tudo, mais apelativo a todos os intervenientes mundiais.

Bibliografia

Almeida, Carlos Ferreira de. “Convenção de Arbitragem, Conteúdos e Efeitos.” *I Congresso do Centro de Arbitragem da câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. 2007.

Barrocas, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

Barrocas, Manuel Pereira.. *Manual de Arbitragem*. 2ª. Coimbra: Almedina, 2013.

Caramelo, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio - Reflexões de jure condendo*. Revista da Ordem dos Advogados Ano 66, Vol III,, Dezembro 2006.

Caramelo, António Sampaio. *Critério de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*. s.d.

Caramelo, António Sampaio. “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio -Reflexões de jure condendo.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro de 2004 de 66.

Caramelo, António Sampaio. “A Arbitragem de litígios societários.” *Revista Internacional de Arbitragem e Mediação*, 2013 de IV: 8-64.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª Edição. Editado por Editora Atlas S.A. São Paulo, 2004.

Caroço, Filipe. “Arbitragem Voluntária.” *Tribunal da Relação do Porto*. 23 de Fevereiro de 2012. (disponível em www.trp.pt)

Comiss, Secretariado da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional. “DGPJ - Direção Geral da Política de Justiça.” 2011. (disponível em www.dgpj.mj.pt)

Cordeiro, António Menezes. *Direito das Sociedades*. 3ª. Vols. I - Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2011.

Cordeiro, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades - Sociedades em Especial*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2007.

Cordeiro, António Menezes. *Tratado da Arbitragem - Comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*. Coimbra: Almedina, 2014.

Correia, Luís de Brito. *Direito Comercial - Sociedades Comerciais, Vol. II*. Lisboa: AAFDL, Reimpressão de 2000.

Cunha, Carolina. *Anotações ao artigos 241º e 242º*. Vol. III, em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, de Jorge M. Coutinho de Abreu, 569-590. Coimbra: Almedina, 2011.

Cunha, Carolina. *Exclusão de Sócios (Em particular nas Sociedades por Quotas)*. 2ª Reimpressão. Editado por IDET. Coimbra: Almedina, 2008.

Cunha, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*. 5º. Almedina, 2012.

Cura, António Alberto Vieira. *Curso de Organização Judiciária*. 2ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Dias, Rui Pereira. “Alguns Problemas Práticos de Arbitragem de Lítígios Societários (e uma proposta legislativa).” *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*. Lisboa: Almedina, 2012. 291 a 305.

“Exposição de Motivos de Proposta de Lei ou, em alternativa, Preâmbulo do Decreto-Lei publicado com base em Lei de autorização legislativa.” *Associação Portuguesa de Arbitragem*. 2010. (disponível em www.arbitragem.pt)

Gouveia, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª. Almedina, 2015.

Gouveia, Mariana França e Jorge Morais Carvalho. “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais.” *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, IV - 2011: 111-161.

Jabardo, Cristina Saiz. *Extensão da Clausula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional - O caso dos grupos societários*. São Paulo: Tese de Mestrado, 2009.

Martins, Sofia e João Vilhena Valério. “A nova Lei de Arbitragem Voluntária: Principais Alterações Introduzidas.” *Artículos*, 2012.

Mendes, Armindo Ribeiro. “A Nova Lei de Arbitragem Voluntária, evolução ou continuidade?” *Tribunal da Relação do Porto*. s.d. (disponível em www.trp.pt)

Mendes, Armindo Ribeiro, Dário Moura Vicente, José Miguel Júdice, José Robin Andrade, Pedro Metelho Nápoles, e Pedro Siza Vieira. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. Editado por Associação Portuguesa de Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2011.

Mendes, João Castro. *Direito Processual Civil - Lições , I Volume*. Lisboa: AAFDL, 1986.

Mendes, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 1997.

Newman, Lawrence W. and Richard D. Hill. *The Leading Arbitrators' Guide To International Arbitration*. New York: JURIS, 2014.

Nunes, Avelãs. *Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. Reimpressão da edição de 1968. Almedina, 2002.

Pinheiro, Luís Lima. *A Arbitragem Transnacional - A determinação do estatuto de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

Pinheiro, Luís Lima.. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra : Almedina, 2005.

Pinto, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Prata, Ana. *Dicionário Jurídico* . 5ª. Vol. I. coimbra: Almedina, 2011.

Raposo, Mário. “Sobre o Projecto de uma Nova Lei de Arbitragem.” Associação Portuguesa de Arbitragem, 2009.

Santos, Tânia Vanessa Zarco de Oliveira. *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses. A Arbitrabilidade das Questões Societárias: a impugnação das deliberações sociais*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012.

Silva, Paula Costa e. “Arbitrabilidade e Tutela Colectiva no Contencioso das Deliberações Sociais.” Em *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira*

de Almeida Vol IV, de Rui Pinto Duarte, Assunção Critas, Vítor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida José Lebre de Freitas, 357-391. Coimbra: Almedina, 2011.

Teles, Joana Galvão. “A arbitrabilidade de litígios em sede de invocação de exceção de preterição de tribunal arbitral voluntária.” Em *Análise de jurisprudência sobre Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2011.

Vale, Sofia. *A Arbitragem Societária no Direito Angolano: Primeiras Notas*. Luanda: Revista da Ordem dos Advogados de Angola, 2013.

Various. “Arbitration and company Law: An Introduction.” *European Company Law*, June de 2015, Issue 3 ed.: 122-172.

Ventura, Raúl. “Convenção de Arbitragem.” *Revista da Ordem dos Advogados*, T.I e II de Ano 46 de 1986: 290-409.

Ventura, Raúl. *Sociedades por Quotas - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. 3ª reimpressão da 1ª Edição de 1989. Vol. II. III vols. Coimbra: Almedina, 1996.

Vicente, Dário Moura. *Da arbitragem Comercial Internacional - Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

Jurisprudência

ACÓRDÃOS SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão de 9 de Fevereiro de 1995 (CJ/Supremo III) Processo 83929
- Acórdão de 30 de Novembro de 1995 ([CJ](#)) Processo 87.168
- Acórdão 23 de Maio de 1996 (CJV)
- Acórdão de 09 de Dezembro de 1999 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 99B868
- Acórdão de 15 de Fevereiro de 2005 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 04A4369

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Acórdão de 18 de Maio de 1977 (CJ Tomo III de 1977)
- Acórdão de 4 de Novembro de 1993 (CJ) Processo 0053636
- Acórdão de 11 de Janeiro de 2011 ([www.gdsi.pt](#)) Processo 3539/08.6TVLSB.L1-7
- Acórdão de 5 de Julho de 2000 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 0038152

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- Acórdão de 14 de Março de 2013 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 311/05.9TBEPS.G1

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DO PORTO

- Acórdão de 2 de Novembro de 2004 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 0425293
- Acórdão de 7 de Março de 2005 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 0550495
- Acórdão de 4 de Outubro de 2005 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 0524101
- Acórdão de 14 de Março de 2013 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 311/05.9TBEPS.G1
- Acórdão de 20 de Julho de 2006 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 0632696

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE COIMBRA

- Acórdão de 14 de Março de 2000 (CJ XXV) Processo 108/00
- Acórdão de 11 de Novembro de 2003 ([www.dgsi.pt](#)) Processo 2919/03

ACÓRDÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

- Acórdão Powell Duffryn, de 10 de Março de 1992, Processo C-214/89