

Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema

ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: Neste texto, o autor analisa os diversos métodos adoptados nos vários sistemas jurídicos para se determinar que litígios podem ser submetidos a arbitragem. Depois de notar que a delimitação da arbitrabilidade dos litígios nem sempre é feita mediante critérios de natureza conceitual consagrados na lei, podendo antes resultar do *case law* elaborado pelos tribunais estaduais (e.g., nalguns sistemas jurídicos de *common law*), o articulista examina os critérios conceituais de arbitrabilidade que se encontram no direito comparado e que são, essencialmente, os seguintes: o critério da "ligação à ordem pública" (hoje, em larga medida, ultrapassado), o da "disponibilidade do direito" (adoptado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, mas que apresenta

ABSTRACT: In this paper, the author discusses the methods which are adopted by the various legal systems to determine which disputes may be submitted to arbitration. After having noted that the arbitrability of disputes is not always delimited through conceptual criteria, as it may specifically determined by the courts case law, the writer analyses successively the conceptual criteria of arbitrability which may found in comparative law, namely, the "the non-connection with public policy" (which has been abandoned, to a large extent), the "disposability of the disputed right" (which, though being adopted by the majority of legal systems, shows significant deficiencies) and the "pecuniary nature of the claim" (which is

sérias deficiências) e o da “patrimonialidade do interesse controvertido” (que o autor considera como o mais adequado). Por fim, o articulista analisa outras causas de inarbitrabilidade dos litígios que não são reconduzíveis aqueles critérios conceituais, resultando antes dos limites contratuais da arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitrabilidade subjectiva – Arbitrabilidade objectiva – Ordem pública – Disponibilidade do direito – Patrimonialidade do interesse – Limites contratuais da arbitragem.

adopted by Swiss, German and Austrian laws and is, in the writer's opinion, the most suitable for this purpose). Finally, the writer analyses other causes of inarbitrability of disputes which do not arise from the application of the aforesaid conceptual criteria, but rather from the contractual constraints of arbitration.

KEYWORDS: Subjective arbitrability – Objective arbitrability – Public Policy – Disposability of the disputed right – Pecuniary nature of the claim – Contractual constraints of arbitration.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias – 2. O critério da ligação à ordem pública – 3. O critério da disponibilidade do direito: 3.1 Em que consiste a disponibilidade de um direito?; 3.2 Dificuldades que suscitam a aplicação deste critério – 4. O critério da patrimonialidade do interesse controvertido – 5. Inarbitrabilidade de litígios em virtude dos limites contratuais da arbitragem: 5.1 Litígios atinentes a direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo; 5.2 Litígios respeitantes à falência ou insolvência; 5.3 Litígios regidos pelo direito das sociedades.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

1. O termo “arbitrabilidade” é habitualmente usado para designar a susceptibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem.

A maioria das referências à arbitrabilidade que se encontra na doutrina da especialidade tem em vista a natureza do objecto do litígio. Mas, por vezes, recorre-se também ao termo “arbitrabilidade” (ou ao seu oposto, inarbitrabilidade) para designar a susceptibilidade (insusceptibilidade) de resolução do litígio por árbitros em atenção à qualidade das partes e, mais particularmente, a susceptibilidade de resolução por essa via de controvérsias em que sejam partes o Estado ou entes públicos autónomos.

Fala-se então de “arbitrabilidade subjectiva” para distinguir esta vertente da arbitrabilidade, da qual não me ocuparei nesta exposição não só por falta de tempo, mas também por ela suscitar problemas muito específicos, a começar pelo da sua real autonomia face ao conceito de “capacidade jurídica” do Estado e entes públicos autónomos para cele-

brarem convenções de arbitragem pelas quais se obriguem a fazerem dirimir por árbitros os litígios de que sejam partes.¹

2. Como escreveram Redfern and Hunter, “é precisamente porque a arbitragem é um processo privado com consequências públicas que alguns tipos de litígios são reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público. É neste sentido que eles não são ‘capazes de resolução por arbitragem’. As leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem, por oposição ao dos tribunais locais. Cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções políticas sociais e económicas”.²

Nas palavras de outro autor,³ “o carácter inarbitrável de certas matérias dá conta da ligação estreita que existe entre estas e os fundamentos da organização económica e social do Estado que o juiz tem precisamente por missão fazer respeitar”.

Mas se é certo que a definição das matérias que podem ser submetidas a arbitragem resulta de razões de carácter político, económico, social⁴

1. Esta é uma questão controvertida na literatura sobre arbitragem, interna e internacional. A favor da autonomia conceitual e de regime da “arbitrabilidade subjectiva”, v., entre muitos outros, FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 313 e ss.; Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. The Hague, 2003. t. 296, p. 43-61; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem transnacional – a determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103, 116-119; Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 29-21. Pronunciaram-se contra a autonomia conceitual e de regime da “arbitrabilidade subjectiva”, entre outros, Jean-François Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*. London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2007. p. 182-186, e (aparentemente) Alan Redfern e Martin Hunter com Nigel Blackaby e Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 95-99.
2. Ob. cit., p. 123-124 (trad. livre).
3. Dominique Hascher, citado por Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 40 (trad. livre).
4. São razões desta índole, nomeadamente, o propósito de defender o consumidor ou, mais genericamente, quem se considera ser a “parte mais fraca”, vista como não podendo obter adequada protecção no processo arbitral, que estão na origem do projecto de lei (*bill*) denominado *Fairness Arbitration Act*, que está pendente, desde 2007, no Congresso dos EUA e que visa invalidar as cláusulas compromissórias relativas a litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, de consumo, de franquia e a litígios

ou moral⁵ – que são, aliás, diferentemente valoradas pelas diversas ordens jurídicas – ela depende também da intrínseca dificuldade da arbitragem em afectar outras pessoas que não as vinculadas pela respectiva convenção, como se porá em relevo adiante nesta exposição.

Assim, compete aos órgãos legislativos e/ou aos tribunais de cada Estado sopesar, por um lado, a importância das razões de interesse público que justifiquem que certas matérias sejam reservadas para os tribunais estaduais⁶ e, por outro lado, o interesse geral de se favorecer o recurso à arbitragem enquanto meio de resolução de litígios que melhor serve o eficiente exercício das actividades económicas.

À luz do que fica dito não deve surpreender que essa ponderação conduza a que, frequentemente, as matérias consideradas como inarbitráveis no âmbito das relações internas sejam mais numerosas do que as como tal consideradas no plano das relações internacionais.

3. Uma análise de direito comparado mostra que o âmbito das matérias arbitráveis pode ser definido por uma de duas formas ou métodos:⁷ (a) ou através de critérios de natureza conceitual; (b) ou mediante a formulação de excepções à regra geral da livre arbitrabilidade do litígios, por lei ou pela jurisprudência dos tribunais estaduais.

resultantes da aplicação de leis dirigidas a proteger direitos civis ou a regular contratos ou transacções entre partes com desigual poder negocial, projecto este que, se for aprovado, implicará uma significativa restrição do universo das controvérsias arbitráveis, neste país.

5. São manifestamente razões de ordem moral (acolhidas pelas ordens jurídicas) que, por exemplo, determinam a inarbitrabilidade de matérias como o casamento ou o divórcio.
6. Ideia que está bem expressa no seguinte excerto de um acórdão proferido, em 2006, pelo Tribunal Federal da Austrália: “the common element to the notion of non-arbitrability was that there was a sufficient element of legitimate public interest in these subject matters making the enforceable private resolution of disputes concerning them outside the national court system inappropriate” [v. *Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty Ltd* (2006) 157 FCR 45 at 97-98].
7. Existe ainda outro possível método para identificar as matérias que podem ser submetidas à arbitragem e aquelas em que isso é vedado, o qual consiste em enumerar umas e outras na lei reguladora da arbitragem voluntária num dado Estado, complementada por legislação especial para que aquela remete. Foi este o método seguido pela lei sobre a arbitragem da República Popular da China, adoptada em 1994 e alterada em 2004. Dada a extrema raridade da sua utilização, este método será ignorado nesta exposição.

Apesar da sua maior rigidez (contrabalançada pela maior previsibilidade que oferecem), é a critérios de natureza conceitual que, na maioria dos ordenamentos jurídicos (sobretudo nos de *civil law*), se recorre para se identificarem as matérias arbitráveis.

Importa advertir, contudo, que a delimitação do campo da arbitrabilidade não se esgota na utilização do critério adoptado pela lei para esse efeito, visto que o resultado da aplicação deste é, muitas vezes, objecto de alargamentos ou restrições, por força de normas legais específicas ou da jurisprudência dos tribunais estaduais, em função da supra-referida ponderação de interesses.⁸

Quaisquer que sejam os métodos utilizados para determinar os litígios que podem ser submetidos a arbitragem e aqueles em que tal é vedado, o que na generalidade do Estados se verifica é que essa linha divisória tem vindo a deslocar-se, com grande nitidez, no sentido do alargamento das categorias de controvérsias que podem ser resolvidas por árbitros. Na verdade, o princípio do *favor arbitrandum* domina, cada vez mais, a nível mundial, a determinação da arbitrabilidade do litígios, o que não impede que, aqui ou ali, se registrem recuos relativamente a essa tendência geral, do que constitui exemplo o supramencionado projecto do *Fairness Arbitration Act* pendente no Congresso norte-americano.

4. Passo, de seguida, a examinar os vários critérios de carácter conceitual que são adoptados pelas ordens jurídicas nacionais para determinar os litígios que podem ser submetidos a arbitragem.

Excluo, porém, do objecto desta exposição a análise das problemáticas da arbitrabilidade no âmbito do direito administrativo e no do direito fiscal, não só por serem áreas do direito que me são menos

8. Um exemplo do que se refere no texto encontra-se no Direito alemão, cujo Código do Processo Civil (ZPO), após consagrar, no § 1.030 (1), um critério conceitual (misto) de determinação das controvérsias arbitráveis, exceptua da sua aplicação, no §1.031 (2), os litígios sobre a existência de uma relação de arrendamento habitacional, ferindo de nulidade as convenções de arbitragem que os tenham por objecto, sendo ainda de notar que os litígios individuais de trabalho são também excluídos da aplicação das disposições do ZPO sobre arbitragem, ficando sujeitas à arbitragem especial regulada na lei sobre os tribunais de trabalho. Na Áustria, a lei que, em 2006, reformou o regime da arbitragem (sendo incorporada no Código Processo Civil), não obstante acolher o critério conceitual (misto) da lei alemã, considera inarbitráveis os litígios emergentes de relações de arrendamento urbano bem como os relativos a matérias de direito da família, ainda que de natureza patrimonial.

familiares, mas também por me parecer que não foi o recurso a critérios conceituais de arbitrabilidade que determinou o legislador português a elencar como litígios de direito administrativo susceptíveis de submissão a arbitragem aqueles que constam do art. 180.º do actual Código de Processo do Tribunais Administrativos⁹ e muito menos será com base num critério desta natureza que poderá vir a admitir-se (quando o vier a ser) a arbitrabilidade da controvérsias pertencentes ao do direito fiscal.

2. O CRITÉRIO DA LIGAÇÃO À ORDEM PÚBLICA

5. Durante quase um século e meio, o critério da ligação (ou não ligação) do litígio com a ordem pública dominou o tratamento da questão da arbitrabilidade objectiva na jurisprudência e na doutrina francesas.¹⁰

9. Não obstante o apreço que merece a profundidade e argúcia da análise realizada pela Dra. Ana Perestrelo de Oliveira no seu livro citado na nota 1 supra, em defesa da tese de que o critério da “disponibilidade do direito” é perfeitamente adequado para explicar que as matérias mencionadas no art. 180.º do Código de Processo do Tribunais Administrativos sejam passíveis de submissão a arbitragem, parece-me, contra o sustentado por esta autora, que a permissão, pelo actual direito português, da sujeição a arbitragem de cada uma dessas matérias deveu-se, não tanto à obediência àquele ou a outro critério de natureza conceitual, mas mais a factores de ordem histórica (nomeadamente, o precedente constituído pelo art. 2.º, n. 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984) e a opções de política legislativa que o Governo e a Assembleia da República tomaram, de caso pensado, quanto à arbitrabilidade de cada uma dessas matérias enumeradas naquela disposição legal. Com efeito, a meu ver, a rigorosa congruência com o critério da “disponibilidade do direito” conduziria, por um lado, a incluir, entre as matérias qualificadas como arbitráveis pelo citado artigo do Código de Processo do Tribunais Administrativos, a apreciação dos actos destacáveis dos procedimentos pré-contratuais atinentes a contratos celebrados pela Administração Pública e, por outro lado, a deixar de fora as “questões de responsabilidade civil extracontratual (da Administração), incluindo a efectivação do direito de regresso”, relativamente às quais me parece não existir “livre disponibilidade” da Administração relativamente ao direito que, em tais litígios, contra aquela o particular invoca.

10. Fiz uma descrição desta evolução doutrinal e jurisprudencial no meu artigo *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões ‘de jure condendo’*, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, II, dez. 2006, p. 1233-1265, que é aqui substancialmente reproduzida. Para o estudo deste tema têm especial interesse a obra de Bernard Hanotiau citada na nota 1 supra (p. 101 e 106) e os livros de Jean-Baptiste Racine.

Dispõem do seguinte modo os arts. 2.059, 2.060 e 2.061 do Código Civil Francês (na redacção que lhe foi dada em 1972):¹¹

Art. 2.059. "Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition."

Art. 2.060. "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public".

Art. 2.061. (redacção actual) "Sous réserves des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle".

Perante uma formulação tão categórica como a contida na parte final do art. 2.060, as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram pautadas inicialmente pela rejeição da primeira pela segunda. 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. Por conseguinte, na presença de uma norma de ordem pública ficava excluída qualquer possibilidade de submissão do litígio a arbitragem.¹²

Como é bom de ver, esta concepção do espaço consentido à arbitragem era extremamente restritiva: a simples invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública, fosse ou não bem fundada essa invocação, bastava para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada.¹³ Por essa razão, a jurisprudência francesa teve de evoluir nesta matéria.

Numa primeira fase, os tribunais franceses passaram a considerar que a ordem pública não suprimia sempre a possibilidade de se recorrer à arbitragem, a menos que essa ordem pública tivesse sido violada pelo

l'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public. Paris: L.G.D.J., 1999. p. 27-149, e de Olivier Caprasse. *Les sociétés et l'arbitrage*. Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J., 2002. p. 33-140.

11. Antes da reforma de 1972, a matéria regulada pelos artigos do Código Civil francês acima citados constava dos arts. 83, 1.003 e 1.004 do antigo *Code de Procédure Civile* deste país, cujo conteúdo, para efeito da análise realizada no presente texto, equivale ao dos artigos neste transcritos.

12. V. Olivier Caprasse, ob. cit., p. 46.

13. Idem, p. 48-49.

contrato ou operação em causa; neste caso, a arbitragem era excluída automaticamente (*d'office*).

Posteriormente, esses tribunais, acompanhados pela maioria da doutrina, vieram a admitir que a violação de uma norma de ordem pública não tornava necessariamente o litígio inarbitrável.

Vale pena descrever brevemente como se processou esta evolução, seguindo, de perto, a exposição feita por Olivier Caprasse.¹⁴

6. A partir de meados do século XX, a doutrina francesa começou a fazer distinções entre as matérias referidas no art. 2.060 do *Code Civil*.

Assim, para esta doutrina, por um lado, havia matérias que, pelo seu próprio objecto, tocavam no cerne da ordem pública: era o caso do estado das pessoas e da falência. Quanto a estas matérias, estar-se-ia perante disposições (de ordem pública) que assumiam uma tamanha relevância, atendendo à importância dos valores a tutelar, que o interesse geral seria violado pelo simples facto de nesses domínios se recorrer à arbitragem, qualquer que fosse o modo como o árbitro viesse a decidir o litígio.

Diferente seria, porém, o caso de o litígio dizer respeito a um acto fundado no exercício da liberdade contratual, a que leis imperativas apenas impõem certos limites. Nesse caso, a ordem pública só seria atingida se tais regras legais imperativas fossem efectivamente infringidas. Por isso, o árbitro seria autorizado a examinar o litígio, mas não poderia na sua sentença pronunciar-se sobre a violação de tais regras imperativas, donde resultava que deveria declarar-se incompetente, se constatasse que a operação que constituía o objecto do litígio era contrária a uma disposição de ordem pública.

Segundo um dos defensores deste entendimento (P. Hébraud),¹⁵ “a convenção arbitral não é nula pelo simples facto de a operação litigiosa estar submetida a um quadro imperativo e colocar eventualmente questões que tocam a ordem pública, pois que a verificação da manifestação concreta da ordem pública requer um exame prévio do fundo de litígio: é só depois de haverem examinado o fundo da causa, e consoante o sentido em que decidiriam esta, que os árbitros serão obrigados a declarar-se incompetentes ou, ao invés, a estatuir normalmente”.

14. Na sua obra citada, p. 42-76; descrição semelhante à feita por este autor encontra-se em Bernard Hanotiau, *ob. cit.*, p. 101-106.

15. Citado por Olivier Caprasse, *ob. cit.*, p. 52-53 (trad. livre).

Por outro lado, para os partidários desta tese, seria vedado submeter a árbitros, a título principal, a questão da validade de uma operação perante a ordem pública, qualquer que fosse a resposta que entendessem dar a tal questão.

O entendimento segundo o qual a necessidade de aplicar uma norma de ordem pública não determina automaticamente a inarbitrabilidade do litígio, foi consagrado, primeiro, quanto à arbitragem interna, pelo acórdão da *Cour de cassation* proferido, em 1950, no caso *Tissot*, vindo depois os tribunais franceses a acolher o mesmo entendimento relativamente à arbitragem internacional.¹⁶

7. A evolução da jurisprudência francesa que acima se descreveu não pareceu, contudo, satisfatória para uma importante parte da doutrina, havendo quem qualificasse tal jurisprudência como *paradoxal*.

Na verdade, como observaram vários autores, o árbitro deveria realizar todo o trabalho, isto é, examinar se o contrato era ou não válido e, após isso feito, se chegasse à conclusão que não o era, não poderia decretar a sanção correspondente a tal inviabilidade, porque se tornava então incompetente para esse efeito. Realçando este paradoxo, observou Pierre Mayer: “é francamente curioso que após ter feito o que era mais difícil: constatar a ilicitude, o árbitro não possa ir até ao fim e pronunciar a nulidade; afinal de contas, isso iria no bom sentido: o de lutar contra a ilicitude, sem nenhum perigo”.¹⁷

Por outro lado, apontava-se a incoerência da jurisprudência iniciada pelo acórdão *Tissot*, segundo o qual “a competência do árbitro é confirmada ou infirmada depois de o fundo da causa ter sido abordado”.¹⁸ Ora, como observou Charles Jarrosson, “a determinação da competência do árbitro é uma questão prévia, situada a montante da resolução do fundo de litígio, não podendo resultar desta”.¹⁹

Também a distinção que, de acordo com a jurisprudência *Tissot*, deveria fazer-se entre a apreciação da licitude do contrato a título incidental e a título principal, foi apodada de incongruente. Na verdade, conforme notou Pierre Mayer, “se o árbitro constata, a título preliminar,

16. V. Olivier Caprasse, ob. cit., p. 53-54; J.-B. Racine, ob. cit., p. 31.

17. Em *Le Contrat Illicite*. Revue de l'Arbitrage, 1984, p. 213, citado por Olivier Caprasse, ob. cit., p. 57 (trad. livre).

18. V. Olivier Caprasse, ob. cit., p. 57.

19. Citado por Olivier Caprasse, ob. cit., p. 58 (trad. livre).

que o contrato é ilícito, quando, na realidade, o não é, ele ordenará a execução de tal contrato; ora não é isso tão grave quanto declarar pura e simplesmente o contrato como válido?”

Estas críticas à jurisprudência *Tissot* determinaram a passagem a uma nova etapa (actualmente em vigor) na evolução do entendimento dos tribunais franceses quanto ao âmbito da arbitrabilidade. Impera agora a ideia de que nada há de chocante no facto de um árbitro poder constatar e sancionar uma nulidade de ordem pública. Fora daquelas matérias relativamente às quais a ordem pública impede que sejam apreciadas por um juiz privado (por exemplo, as questões relativas ao estado civil das pessoas), o carácter de ordem pública das normas aplicáveis não pode ser causa de inarbitrabilidade do litígio. O árbitro disporá assim do poder de sancionar qualquer violação dessas regras, quer como questão incidental quer a título principal²⁰.

Isso não significa dar ao árbitro carta branca quanto às matérias de ordem pública, pois que ele deve aplicar as regras inerentes àquela, vindo essa aplicação a ser objecto de um controlo ao nível da sentença arbitral, a efectuar pela jurisdição estadual. É, com efeito, a possibilidade de controlo da decisão arbitral pelos tribunais estaduais que permite aos partidários da concepção alargada da arbitrabilidade justificar a sua adopção, fazendo ver que esta concepção não acarreta perigo para o Estado, uma vez que este conserva, de todo o modo, a possibilidade de controlo *ex post* da sentença arbitral.²¹

Esta nova orientação da jurisprudência francesa firmou-se, no campo da arbitragem internacional, através dos acórdãos da *Cour de cassation* proferidos nos casos *Ganz* (1991) e *Labinal* (1993), que foram posteriormente confirmados por numerosos acórdãos de *Cour d'appel* de Paris e por ulteriores acórdãos da *Cour de cassation*, proferidos com o aplauso da maioria da doutrina.²²

Hoje, no direito francês, no domínio da arbitragem internacional, pode afirmar-se que os limites decorrentes de concepção francesa de ordem pública internacional do Estado francês (nomeadamente, as questões relativas ao estado civil e à capacidade dos indivíduos e as atinentes ao direito penal) constituem a única restrição à arbitrabilidade dos litígios.

20. *Idem*, p. 59.

21. *Idem*, p. 60.

22. *Idem*, p. 61-64.

Esta orientação da jurisprudência francesa foi, posteriormente, estendida à arbitragem interna (mas, quanto a esta, como se explica adiante, a inarbitrabilidade pode também ser imposta pela ordem pública interna do direito francês).

8. No entender da maioria da doutrina francesa, o outro critério da arbitrabilidade enunciado no art. 2.060 do Código Civil francês – a *disponibilidade do direito* – perdeu autonomia, pois que se fundiu com o critério da ordem pública.

Esta conclusão pode ser ilustrada com as seguintes citações de autores que abordaram este tema: “um direito torna-se indisponível por razões de ordem pública”;²³ “não se pode, nesta matéria, evitar a passagem pela ordem pública; a razão disso é certamente o facto de a noção de disponibilidade dos direitos não ser autónoma, mas dependente da de ordem pública”.²⁴

Assim entendida, a ordem pública mantém ainda utilidade para definir a arbitrabilidade, mas só intervém mediante exclusões pontuais desta, segundo a natureza dos direitos (indisponíveis por razões de ordem pública) atribuídos às partes.²⁵

9. Como já referi, no actual Direito francês e no que concerne às arbitragens internas, a ordem pública (associada, como se explicou, à noção de indisponibilidade do direito) continua a ser invocada pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a proibição ou a restrição da submissão de alguns litígios a árbitros, nomeadamente, para proteger uma parte considerada mais fraca ou para acautelar os interesses de um círculo de pessoas que ultrapassa as que estão vinculadas pela convenção de arbitragem.²⁶

Com efeito, é com esses fundamentos que, por um lado, se proíbem as cláusulas compromissórias (mas se permitem os compromissos arbitrais) sobre litígios emergentes de contratos individuais de trabalho ou de contratos de arrendamento e, por outro lado, se veda totalmente a submissão à arbitragem dos litígios relativos à validade de títulos atri-

23. V. J.-B. Racine, ob. cit., p. 43 (trad. livre).

24. V. Charles Jarrosson, citado por J.-B. Racine, ob. cit., p. 43 (trad. livre).

25. Idem, ibidem.

26. Cfr., neste sentido, Jean-Louis Devolvé; Gerald Pointon e Jean Rouché. *French Arbitration Law and Practice*. 2. ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009. p. 45 e ss.

butivos de direitos de propriedade industrial, bem como de uma parte significativa dos litígios relativos a processos falimentares.²⁷

10. O que mais importa realçar na evolução da jurisprudência francesa que se deixa descrita, é que a sua anterior orientação restritiva era fruto da confusão entre a questão da arbitrabilidade e a dos limites dos poderes decisórios dos árbitros, mais precisamente, dos seus poderes relativos à aplicação das normas 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 regras imperativas e, em especial, as que sejam expressão da ordem pública, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas dessa natureza não deve constituir impedimento a que ele seja resolvido por arbitragem.

É de notar, contudo, acompanhando Bernard Hanotiau, que a lógica subjacente a esta evolução da jurisprudência francesa implica que “se a ordem pública deixa de intervir *a priori* – a não ser excepcionalmente – para interditar o recurso à arbitragem, ela não desaparece completamente, visto que reaparece aquando do controlo *a posteriori* da sentença arbitral pelos tribunais estaduais”.²⁸

Com efeito, como salienta este autor (assim como a maioria da doutrina), é precisamente a existência de um controlo da conformidade da sentença arbitral com a ordem pública que fundamentalmente justifica a liberalização das condições da arbitrabilidade, donde resulta que, se os árbitros não respeitarem a ordem pública, a sua sentença pode ser anulada ou o seu reconhecimento e execução podem ser recusados pelos tribunais estaduais.

3. O CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE DO DIREITO

3.1 *Em que consiste a disponibilidade de um direito?*

11. Um grande número de ordenamentos jurídicos adopta, como critério de arbitrabilidade das controvérsias, o da *disponibilidade do direito controvertido*.

Nas legislações de alguns países (por exemplo o Direito belga e o Direito italiano antes da reforma de 2003), o critério de arbitrabilidade

27. Sobre a inarbitrabilidade dos litígios relativos a estas matérias, v. Jean-Louis Devolvé, Gerald Pointon and Jean Rouche, *ob cit.*, p. 45-53.

28. *Ob. cit.*, p. 105 (trad. livre).

adoptado é o da *transigibilidade do direito controvertido*, que substancialmente equivale ao anteriormente referido, visto que a possibilidade de as partes celebrarem transacção sobre o direito controvertido depende de elas poderem dele dispor (v. art. 1.249.º do Código Civil português).

Para a doutrina portuguesa e estrangeira, um direito é considerado como *disponível* quando pode ser constituído e extinto por acto de vontade do seu titular,²⁹ ou seja, quando está sob o controlo total do seu titular, de tal maneira que este pode fazer tudo a seu respeito, nomeadamente, aliená-lo e a ele renunciar.³⁰

Os autores que abordam este tema costumam assinalar vários graus de indisponibilidade. Por exemplo, o Professor João de Castro Mendes distinguiu entre a *indisponibilidade absoluta* e a *indisponibilidade relativa* (correspondendo esta aos casos em que uma pessoa pode dispor do direito *só por certa forma* ou *só em certas circunstâncias* ou *só a favor de certas outras pessoas*).³¹ Um outro autor, Patrice Level, caracterizou do seguinte modo os vários graus de indisponibilidade dos direitos, tendo especialmente em vista a sua tradução no domínio da arbitrabilidade: direitos *totalmente e definitivamente indisponíveis* (em matéria de estado e capacidade); direitos *parcialmente disponíveis* (por exemplo os direitos nascidos do direito patrimonial da família) e os direitos *que se tornaram disponíveis*, isto é, que são *indisponíveis no estado de direito eventual e disponíveis no estado de direito constituído e actual* (como é o caso de alguns direitos em matéria de direito do trabalho ou de arrendamentos regulamentados).³²

Num artigo que publiquei em 2006,³³ distingo entre o que apelidei de *disponibilidade forte* do direito (que consiste na possibilidade de se renunciar ao direito, não só quando este já se constituiu na esfera

29. V, entre outros, Castro Mendes. *Direito processual civil. Lições*. Lisboa, AAFDL, 1986-1987, vol. 1, p. 206-211; Luís de Lima Pinheiro, *ob. cit.*, p. 105.

30. V. Patrice Level. *L'Arbitrabilité*. Revue de l'Arbitrage. Paris, 1992. p. 218.

31. V. *ob. cit.*, p. 210-211.

32. V. *ob. cit.*, p. 221. Relativamente à última categoria de indisponibilidade por ele referida, salienta este autor: "On notera, a cet égard, que la condition de disponibilité qu'éclaire la distinction entre droit éventuel et droit acquis, peut rendre nulle la clause compromissoire, et valider au contraire le compromis, conclu alors que le droit éventuel est né et, devenu disponible, est désormais arbitral". *ob. cit.*, p. 221.

33. V. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*. *loc. cit.*, p. 1248-1249.

jurídica do seu titular, mas também antes de tal ocorrer, ou seja, a sua renunciabilidade antecipada) e a *disponibilidade fraca* do direito (que se basta com possibilidade de este só vir a ser renunciável após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular). O que refiro nos parágrafos seguintes tem em conta esta distinção.

12. Determinar a arbitrabilidade com base no critério da *disponibilidade do direito controvertido* implica que se assimile a celebração da convenção de arbitragem a um acto de disposição. Aqui reside, a meu ver, o principal vício deste critério.

Sobre os critérios da *disponibilidade* e da *transigibilidade do direito* (que, como se explicou atrás, não é mais do que uma especificação do primeiro), apesar de reconhecer que corresponde à solução adoptada num grande número de ordenamentos jurídicos, escreveu o Professor Raúl Ventura: “pessoalmente nutro dúvidas sobre este requisito de arbitrabilidade, porque não descubro ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos juízes dos seus litígios”.³⁴

Reservas semelhantes sobre este critério exprimiram a Professora Paula Costa e Silva³⁵ e o Professor Sérvulo Correia.³⁶

A meu ver, a escolha deste critério para definir as matérias que podem ser submetidas a arbitragem assenta no equívoco da assimilação da convenção de arbitragem aos negócios autocompositivos (renúncia, desistência, confissão e transacção). Ora, não há qualquer similitude entre aquele e estes.

Não há, com efeito, qualquer analogia entre o contrato de transacção, em que as partes põem termo a um litígio mediante abandonos ou concessões recíprocas (o que implica que possam dispor dos direitos que daquela são objecto), e a convenção de arbitragem, mediante a qual as partes confiam a um decisor independente e imparcial, por elas directa ou indirectamente escolhido, a resolução de um litígio existente entre elas, de acordo com o direito ou com a equidade.

34. V. *Convenção de Arbitragem*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, 1986. t. II, p. 321.

35. V. *Anulação e recursos da decisão arbitral*. Revista da Ordem dos Advogados, 1992. t. I, p. 922, nota 79.

36. V. *A Arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos*. Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: Lex, 1995. p. 234-235, nota 10.

Igualmente nenhuma analogia se pode estabelecer entre a renúncia a um direito (ou a desistência dele em juízo) e a submissão a decisão por árbitros das controvérsias, actuais ou futuras, àquele respeitantes.

De acordo com o fundamento lógico deste critério, só faz sentido erigir a *disponibilidade do direito* em requisito de validade da convenção de arbitragem que sobre aquele verse, se ela significar o que apelidei de *disponibilidade em sentido forte*, pois que a ideia retora subjacente a este critério – a assimilação da convenção de arbitragem a um acto de disposição – exige que para este fim se considere o direito em causa tal como se configura no momento da celebração da convenção de arbitragem.

Com efeito, o que tem de ser relevante para este efeito não é a disponibilidade que o direito em causa assumirá porventura no futuro (numa sua configuração *eventual*), mas sim o facto de essa disponibilidade existir no momento em que se trata de celebrar a convenção de arbitragem (considerando-o enquanto situação jurídica *constituída e actual*).

Quanto àqueles direitos que não são licitamente renunciáveis (e transigíveis) na data em que se indague se as partes podem obrigar-se a submetê-los a arbitragem, embora possam vir a ser renunciados em momento futuro,³⁷ não deve, em coerência com a *ratio* deste critério, admitir-se a estipulação de uma cláusula compromissória, embora seja

37. Como é o caso dos direitos a indemnizações diversas que o agente comercial adquire após a cessação do seu contrato, os quais, por expressa proibição legal (v. art. 19.º da Directiva do Conselho 86/635/CEE, de 18.12.1986, em conformidade com a qual têm de interpretar-se os arts. 24.º a 36.º da lei portuguesa sobre o contrato de agência), não podem ser renunciados antes de essa cessação ocorrer e, portanto, antes de tais direitos se radicarem na esfera jurídica do seu titular; v. a abordagem desta tema, com comentário a decisões de tribunais judiciais, no meu artigo, publicado em 1996, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, citado na nota 10 supra. É esse também o caso dos direitos a indemnização e a outros créditos pecuniários que o trabalhador adquire quando o seu contrato de trabalho cessa, os quais também não podem ser antecipadamente renunciados (v. art. 339.º, n 1, do Código do Trabalho). Daí que devam considerar-se nulas (pelo menos, parcialmente) as cláusulas compromissórias que sejam inseridas nos contratos supra-referidos e que abranjam tais direitos (por estes serem indisponíveis, na altura da celebração daqueles), sendo, em contrapartida, válidos os compromissos arbitrais celebrados depois de o respectivo sujeito se tornar *actualmente* titular desses direitos, dado que eles passaram então a ser disponíveis.

admissível a celebração de um compromisso arbitral quando tais direitos se tornarem efectivamente disponíveis.³⁸

13. Não consigo descobrir uma justificação lógica para a adopção do critério da indisponibilidade em *sentido fraco*, a não ser talvez a de, por essa via, se visar excluir a possibilidade de conferir a árbitros competência para “validarem” actos que atinjam direitos que a ordem jurídica não pode tolerar que sejam lesados, em virtude do acentuado interesse público ou da superior importância axiológica de que estão imbuídos, implicando isso que se interdite totalmente (em quaisquer circunstâncias, actuais ou futuras) que sobre tais direitos pratiquem os seus titulares actos de disposição ou profiram árbitros decisão que os possa ofender. De acordo com esta acepção da indisponibilidade, inarbitráveis seriam apenas os direitos absolutamente “intocáveis” *hoc sensu*.

Contudo, se essa for a justificação do critério da disponibilidade do direito na acepção acima criticada, não estaremos então perante um verdadeiro critério de arbitrabilidade, visto que a disponibilidade/indisponibilidade do direito já não é apreciada em função da natureza que esse tem no momento em que se averigua se as partes podem vincular-se a fazer dirimir por árbitros os litígios a ele atinentes, dado que é referida a uma circunstância eventual, posterior à assunção dessa vinculação e dela desligada. Daí resulta que a indisponibilidade do direito, enquanto sinónimo da sua absoluta intocabilidade, passa a ser um mero indicador da elevada importância axiológica deste. Bem vistas as coisas, entendido neste sentido, o recurso ao critério da disponibilidade do direito não é mais do que um véu que encobre o regresso ao critério da ligação com a ordem pública.

Haverá ainda que salientar, caso a ideia ou preocupação subjacente à adopção da acepção *fraca* do critério da disponibilidade do direito seja que a que acima se admite como hipótese, que a adopção de um critério que consagre uma tendencial regra geral de livre arbitrabilidade dos litígios que só admita muito limitadas excepções (como é o caso do critério alternativo que adiante advogo), não implica que essa preocupação fique desacaute-lada. Bastará para tanto que as decisões dos árbitros que infrinjam valores, princípios e regras de ordem pública que a lei que preside à arbitragem (*lex arbitri*) não tolera que sejam ofendidos, possam ser anuladas, com esse fundamento, pelos tribunais estaduais competentes.

38. Como salientou Patrice Level no excerto transcrito na nota 32 supra.

É, com efeito, por via da intervenção da ordem pública, em sede de acção ou recurso de anulação da sentença arbitral, e não através da restrição do âmbito da arbitrabilidade resultante de um critério destituído de fundamento congruente, que mais adequada e eficazmente poderá impedir-se que seja conferida tutela jurídica a actos que violem princípios e valores fundamentais da ordem jurídica em causa.

3.2 Dificuldades que suscitam a aplicação deste critério

14. Se se fizer, como parece forçoso, uma opção clara pela *acepção forte* do critério da disponibilidade, é inevitável reconhecer-se que ela tem por consequência um muito significativo e insatisfatório estreitamento do âmbito da arbitrabilidade.³⁹

Em contrapartida, o alargamento do âmbito das matérias arbitráveis que se baseie apenas na consideração da “disponibilidade eventual/futura” do direito (*disponibilidade fraca*), colide com o fundamento lógico deste critério.

Dado que o critério da disponibilidade do direito, se for entendido na acepção de *disponibilidade em sentido forte* (como parece logicamente forçoso) e se for aplicado com rigor, origina uma muito insatisfatória

39. Merece referência, a este propósito, o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, de 18.03.2010 (mencionado na edição de 31.05.2010 da newsletter electrónica *Internacional Law Office*), que anulou uma sentença arbitral proferida ao abrigo de cláusula compromissória inserida num contrato de trabalho, por serem indisponíveis e, portanto, inarbitráveis os litígios relativos aos efeitos da cessação do contrato de trabalho para o trabalhador (no caso vertente, ex-director de uma sucursal de uma empresa multinacional), dado que, segundo a Lei de Arbitragem brasileira, só podem ser submetidos a arbitragem os “direitos patrimoniais disponíveis”. Por muito insatisfatória que se considere esta decisão, na óptica de uma desejável extensão da arbitrabilidade a todos os litígios individuais de trabalho, sobretudo quando o trabalhador, pelo seu elevado estatuto socioeconómico, dispensa bem o amparo de disposições jurídicas que visem tutelar a “parte mais fraca” na relação jurídica laboral, parece-me que este acórdão decidiu correctamente face ao critério de arbitrabilidade consagrado no direito brasileiro, o qual conduz logicamente à inadmissibilidade das cláusulas compromissórias relativamente a alguns dos direitos emergentes de contratos individuais de trabalho (embora permita a celebração de compromissos arbitrais, aquando da cessação dos mesmos contratos). Por outras palavras, o que julgo merecedor de crítica não é decisão do Tribunal Superior Laboral do Brasil, mas antes o critério de arbitrabilidade acolhido na Lei de Arbitragem brasileira.

restrição do âmbito dos litígios arbitráveis, ele tende a ser frequentemente aplicado com algum laxismo,⁴⁰ o que põe mais a descoberto as incongruências de que este critério enferma.

A verdade é que os problemas criados pelo critério da disponibilidade do direito controvertido não podem deixar ser directamente enfrentados com vista à sua resolução ou, no caso de isso não ser possível, à substituição deste critério de arbitrabilidade por outro cuja aplicação não suscite tantas dificuldades quantas as que passo a referir seguidamente.

15. Quando estejam em jogo normas jurídicas que visam proteger interesses de importância superior aos das partes da convenção de arbitragem, como é que pode sustentar-se que estas partes têm *poder de disposição* sobre os direitos criados ou os interesses protegidos por tais normas?⁴¹

E quando a lei declara nulo um acto, contrato ou deliberação social, para proteger interesses de valor superior ou alcance mais vasto do que

40. Exemplo disso é o raciocínio facilitista que se encontra nas obras de numerosos autores espanhóis que, para evitarem enfrentar as dificuldades inerentes à utilização rigorosa do critério da “disponibilidade do direito controvertido”, optam por se refugiar numa afirmada *presunção de disponibilidade das matérias de direito privado patrimonial* que, além de não ter fundamento consistente, vem, na prática, a traduzir-se na substituição do critério da “disponibilidade do direito” pelo da “patrimonialidade do direito” que será examinado adiante. V., neste sentido, por exemplo, Vicent Chuliá. *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 187-188; Pilar Perales Viscasillas. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson/Aranzadi, 2005. p. 139-140; José F. Merino Merchán e José M.^a Chillón Medina. *Tratado de derecho arbitral*. 3. ed. Navarra: Thomson/Aranzadi/Civitas, 2006. p. 274-276.

41. É de referir a este respeito que, tendo em vista a aplicação do critério da disponibilidade do direito à determinação da arbitrabilidade, diversos autores (nomeadamente, J.-B. Racine, ob. cit., p. 52-91 e P. Jolidon, citado por Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 108) salientam que (a) os direitos atribuídos ao contratante mais fraco (por exemplo, o consumidor, o trabalhador, o agente comercial ou o distribuidor) devem considerar-se como indisponíveis e, portanto, como inarbitráveis enquanto não tiverem cessado as razões que ditaram tal protecção – expressão da chamada *ordem pública de protecção* – e que (b) certos direitos que são indisponíveis por servirem finalidades de interesse geral (e.g., no âmbito do direito da propriedade industrial, do direito das sociedades ou do direito da concorrência) têm, por isso mesmo, de considerar-se como inarbitráveis. Como escreveu P. Jolidon (loc. cit.), as partes não têm livre disposição sobre a protecção criada por disposição legal dirigida à defesa de um interesse público mais vasto do que os interesses daquelas.

o de quem peça ao tribunal que declare essa nulidade, qual é o *direito disponível* que essa pessoa vem exercer?

A meu ver, quem requer a um tribunal estadual que declare a nulidade do acto, está apenas a exercer o seu *direito de acção judicial*, a que não pode previamente renunciar, tal como sobre ele não pode celebrar transacção (por não ser admissível, na nossa ordem jurídica, o pacto *de non petendo*).⁴²

Por isso é que, em diversas ordens jurídicas que delimitam o campo da arbitrabilidade com base no *critério da disponibilidade do direito* as acções tendentes a obter a declaração da nulidade de contratos de sociedade ou deliberações de órgãos sociais têm sido consideradas como inarbitráveis.

É o que acontece, nomeadamente, nas ordens jurídicas francesa, italiana (antes da reforma que, em 2003, criou neste país um regime especial para a arbitragem de litígios societários), espanhola e holandesa, sendo também, a meu ver, o que deve entender-se face ao art. 1.º da actual Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa.

Em França, entende-se, de modo praticamente unânime, que as acções tendentes a fazer declarar a nulidade de um contrato de sociedade não podem ser decididas por um tribunal arbitral, dado que a nulidade aí invocada tem carácter de ordem pública.⁴³

Igualmente, a jurisprudência francesa tem firmemente decidido que os litígios sobre a repartição das competências entre órgãos sociais não podem ser dirimidas por árbitros, uma vez que as partes não podem, por convenção que celebrem ou deliberação que tomem num órgão social, modificar as competências dos órgãos da sociedade e pôr em causa a hierarquia entre estes, por se tratar de matérias regidas por normas de ordem pública. Com efeito, a organização das sociedades comerciais não é, em boa medida, deixada à livre disposição dos seus sócios, pelo que os litígios atinentes àquela organização não podem ser arbitráveis, de acordo com o critério em apreciação.⁴⁴

Em Itália, antes da lei de 2003 que criou um regime especial de arbitragem para os litígios de natureza societária, entendia parte da doutrina e a maioria da jurisprudência que não eram arbitráveis “as

42. Parece ser este o entendimento da maioria da doutrina processualista portuguesa.

43. V. Daniel Cohen. *Arbitrage et société*. Paris: L.G.D.J., 1993. p. 143; Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 163-164.

44. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 165.

controvérsias relativas à impugnação de deliberações da assembleia que respeitem a direitos de terceiros ou ao interesse geral da sociedade no regular desenvolvimento das actividades sociais em conformidade com as previsões normativas ou estatutárias”⁴⁵

Em Espanha, a doutrina e a jurisprudência estão muito divididas sobre a possibilidade de sujeição a árbitros de acções de declaração de nulidade do contrato de sociedade.

Numerosos autores e decisões judiciais recusam igualmente (a despeito da sentença do Tribunal Supremo de 18.04.1998, frequentemente citada a favor da arbitrabilidade desta matéria) que possam ser decididas por árbitros acções de declaração de nulidade de deliberações sociais que violem normas imperativas ou disposições de ordem pública (pelo menos, quando essa nulidade pode ser arguida a todo tempo e não pode ser sanada pelos sócios).⁴⁶

Não são raros os autores (como o Prof. Manuel Olivencia Ruiz, um dos autores da Lei de Arbitragem espanhola de 2003) que afirmam categoricamente que não existe *livre disposição* (nem, portanto, arbitrabilidade) em matéria de deliberações sociais nulas por serem contrárias à lei.⁴⁷

Na Holanda (cujo Código do Processo Civil também define a arbitrabilidade do litígios através do critério da “disponibilidade do direito”), o Supremo Tribunal decidiu igualmente que não podem ser

45. A descrição da orientação da jurisprudência da *Corte di Cassazione* inserida no texto, entre comas, é extraída do citado estudo do Prof. Raúl Ventura (loc. cit., p. 342-343) que com essa jurisprudência manifestava a sua concordância. Também Francesco Gennari (no seu livro *L'Arbitrato Societario*. Padova, Cedam, 2009, p. 24 e 33) confirma que, nesse período, a orientação da jurisprudência italiana era contrária à arbitrabilidade de litígios em que fossem violadas normas tidas por imperativas, tais como as respeitantes à elaboração e aprovação do balanço social, à formação da vontade social, as destinadas a assegurar o bom funcionamento da sociedade ou sua liquidação, bem como, genericamente, as que visassem a impugnação das deliberações sociais fundadas na violação de normas imperativas apontadas à protecção de outros interesses, que não apenas os dos actuais sócios.

46. Sobre esta temática, v., entre outros autores, Maria José Carazo Liébana. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 143-155.

47. V. Manuel Olivencia Ruiz. *Sub art. 2*, em GONZALEZ SORIA, J. (COORD.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 45 e ss.

decididas por árbitros as acções tendentes a fazer declarar a nulidade de deliberações de órgãos sociais.⁴⁸

A meu ver, face ao art. 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, devem também considerar-se inarbitráveis as acções que visem a declaração da nulidade de deliberações sociais por violação de normas que regem imperativamente a organização societária e as que protegem interesses de credores e outros terceiros ou de futuros sócios da sociedade, dado que dessas normas não emergem direitos que sejam disponíveis pelos actuais sócios da sociedade.

16. Nenhuma das suprarreferidas dificuldades se suscitam nas ordens jurídicas que não recorrem ao critério da “disponibilidade do direito” para delimitar as matérias que podem ser submetidas a arbitragem, como as da Inglaterra, Suíça, Alemanha e Áustria.

Parece-me, por isso, que o critério da disponibilidade do direito é patentemente inadequado para identificar os litígios regidos pelo direito das sociedades que podem ser submetidos a arbitragem, pelo que se faz sentir, especialmente nesta matéria, a necessidade de o substituir por outro critério que não crie tantos entraves à arbitrabilidade da generalidade desses litígios.

Com este entendimento não se ignora que a submissão à arbitragem da impugnação das deliberações sociais suscita outras questões que não a da mera arbitrabilidade, nomeadamente, a da possibilidade de intervenção de terceiros no processo arbitral e a da sentença arbitral poder ou não produzir efeitos em relação a quem não haja intervindo nesse processo, questões essas a que me referirei adiante.

Mas se é verdade que a arbitrabilidade destes litígios é favorecida pela regulamentação – nas convenções de arbitragem, nos regulamentos ou na *lex arbitri* – da intervenção de terceiros no processo arbitral, certo é que aquela continua ser restringida pelo critério da “disponibilidade do direito”.

17. Passando a outra área do direito, se se tiver em conta que grande parte das normas nacionais e europeias de direito de concorrência são dotadas de reforçada imperatividade, assumindo uma vincada natureza de ordem pública (interna e/ou comunitária), não se vê como, ao abrigo do critério da disponibilidade do direito, pode submeter-se a arbitragem um considerável número de litígios emergentes dessas normas.

48. V. a edição de 06.09.2007 da newsletter electrónica *Internacional Law Office*.

É de referir, a este propósito, que só a total desconsideração do critério da “disponibilidade do direito” pela jurisprudência francesa (cujo direito formalmente o acolhe) permitiu que importantes sentenças da *Cour de cassation* sobre matérias de direito de concorrência validassem a sua resolução por árbitros (cfr., em França, os acórdãos preferidos nos casos *Ganz*, de 1991, *Labinal*, de 1993 e *Aplix*, de 1993).⁴⁹

Mas a “indisponibilidade” das matérias nucleares do direito da concorrência ficou ainda mais acentuada por força do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Eco Suisse/Benetton* (1999),⁵⁰ na sequência do qual parece dever entender-se (embora este acórdão não seja explícito quanto a isto) que os árbitros têm a obrigação de aplicar *ex officio* o direito europeu, mesmo que as partes hajam querido excluir a sua aplicação.

Cumprir notar a este respeito que, mesmo que se admita a arbitralidade das questões de direito da concorrência, ela tem sempre de entender-se com respeito pelas competências exclusivas da Comissão Europeia e das autoridades nacionais da concorrência, que são por isso excluídas do poder de decisão dos árbitros, como é o caso da concessão de isenções de categoria para actos restritivos da concorrência (ao abrigo do art. 101.º, n. 3, do Tratado da U.E.), da aplicação de multas e da emissão de injunções dirigidas aos operadores económicos.⁵¹

4. O CRITÉRIO DA PATRIMONIALIDADE DO INTERESSE CONTROVERTIDO

18. A meu ver, o critério que, com maior facilidade e congruência, permite determinar as controvérsias arbitráveis, é o da *natureza patrimonial do interesse controvertido*⁵² que foi acolhido, em primeiro lugar,

49. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 126-128; J.-F. Poudret e S. Besson, ob. cit., p. 299.

50. V. Case C-126/97, (1999) ECR-I 3055.

51. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 131.132; J.-F. Poudret e S. Besson, ob. cit., p. 299-300.

52. Esta é também a opinião de Bernard Hanotiau que, depois de o analisar aprofundamento o seu fundamento e as dificuldades que a sua aplicação suscita, considera insatisfatório o critério da disponibilidade do direito, pelo que advoga a sua substituição pelo da natureza patrimonial do litígio. Ob. cit., p. 109.

pela Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 18.12.1987, para as arbitragens internacionais.⁵³

Na verdade, só deve, em princípio, ser vedada a submissão a árbitros de controvérsias relativas a direitos ou interesses de carácter não patrimonial (nomeadamente, os direitos da personalidade, salvo as excepções referidas adiante, o estado civil das pessoas e, em regra,⁵⁴ as controvérsias atinentes às relações familiares de natureza pessoal), nas quais estão em causa valores cuja tutela deve, à luz dos conceitos fundamentais que enformam o nosso sistema jurídico (e outros sistemas jurídicos pertencentes à mesma família jurídica),⁵⁵ em princípio, ser reservada aos tribunais do Estado.

Parece-me também que a combinação do critério da *patrimonialidade do direito* controvertido como o da sua *transigibilidade* do direito feita pela Lei Alemã sobre a arbitragem, de 1998⁵⁶ – que foi adoptada também pela Lei Austríaca de 2006 – é ainda mais de louvar. Com efeito, considerando que o exercício de alguns direitos da persona-

53. Dispõe o art. 177 (1) da Lei de Direito Internacional Privado suíça, na sua versão francesa: “Toute cause de nature patrimoniale peut faire object d’un arbitrage” (na sua tradução para inglês feita pela *Association Suisse de l’Arbitrage*, este artigo reza assim: “Any dispute involving property may be the subject matter of an arbitration”). Num acórdão proferido em 1992 (caso *Fincantieri*), o Tribunal Federal Suíço precisou esta noção, decidindo que ela compreende “todas as pretensões que têm um valor pecuniário para as partes, a título de activo ou de passivo ou, dito de outro modo, os direitos que representam para, pelo menos, uma delas, um interesse susceptível de ser avaliado em dinheiro”. Citado por Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 109 (trad. livre).
54. Como refere Bernard Hanotiau, a exclusão da intervenção de árbitros relativamente a controvérsias não patrimoniais emergentes de relações familiares não é universal, sendo disso o exemplo o facto de, em Inglaterra e no EUA, a decisão sobre a guarda dos filhos poder ser proferida por árbitros (ob. cit., p. 231-232).
55. Sobre o conceito de “família de sistemas jurídicos”, v., entre outros, Dário Moura Vicente. *Direito Comparado – Introdução e parte geral*. Coimbra: Almedina, 2008. vol. 1, p. 64 e ss.
56. Traduzido para inglês, é o seguinte o teor do § 1030 do Zivilprozessordnung (ZPO):
 “Section 1030- Arbitrability
 (1) Any claim involving an economic interest (“vermögensrechtlicher Anspruch”) can be the subject of an arbitration agreement. An arbitration agreement concerning claims not involving an economic interest shall have

lidade pode ser limitado mediante negócios jurídicos (os chamados “negócios de personalidade”)⁵⁷ celebrados pelo seu titular, sendo assim objecto de um *downgrading* por iniciativa deste (como acontece com o direito à imagem ou o direito à privacidade da vida privada), deixam de existir, em tais casos, as razões fundadas na importância axiológica desses direitos que justificariam a subtracção à arbitragem dos litígios a eles atinentes.

Importa recordar que o que se deixa dito acima respeita apenas à delimitação da arbitrabilidade em função de critérios de natureza conceitual. Para além do recurso a este tipo de critérios, os legisladores nacionais (ou os tribunais estaduais, nos sistemas jurídicos em que são órgãos de produção de Direito) podem ainda, por razões de carácter político, social ou moral (como realcei em 3. supra) reservar aos tribunais do Estado a apreciação e decisão de outras matérias que não são determinadas através de critérios de natureza conceitual.⁵⁸ São considerações dessa ordem que explicam que, em todos os sistemas jurídicos, as matérias de direito penal sejam consideradas como inarbitráveis⁵⁹ e que o mesmo aconteça, na grande maioria deles, relativamente aos litígios de natureza fiscal,⁶⁰ sendo também elas que justificam que, nalguns

legal effect to the extent that the parties are entitled to conclude a settlement on the issue in dispute.

(2) An arbitration agreement relating to disputes on the existence of a lease of residential accommodation within Germany shall be null and void. This does not apply to residential accommodation as specified in section 549 subs. 1 to 3 of the Civil Code.

(3) Statutory provisions outside this Book by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration, or may be submitted to arbitration only under certain conditions, remain unaffected.”

57. V. Pedro Pais de Vasconcelos. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 52-56, 63-70.

58. Por isso é que no início desta exposição (v. 3. supra) adverti que a delimitação do campo da arbitrabilidade não é habitualmente feita apenas mediante critérios de natureza conceitual.

59. Como salienta Bernard Hanotiau (ob. cit., p. 235), as matérias de direito penal são inarbitráveis, por “este ser um dos pilares da organização da sociedade. Há poucas matérias em que o interesse público esteja mais em jogo” (trad. livre).

60. “A fiscalidade é um atributo da soberania”, como sublinha Ibrahim Fadlallah (citado por Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 171). Apesar disso, nos EUA, numerosas categorias de litígios de natureza tributária (algumas há, porém,

ordenamentos jurídicos, se vede a sujeição a árbitros de boa parte das controvérsias respeitantes a relações de arrendamento urbano⁶¹ ou que, quanto aos litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, só se permita a sua sujeição a arbitragem após a cessação do contrato⁶² ou se preveja, para essa categoria de litígios, um regime especial de arbitragem que proporcione maior protecção ao trabalhador.⁶³

19. Por se ter reconhecido procedência ao conjunto das razões acima enunciadas, no Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária que a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) apresentou ao Ministério da Justiça e à comunidade da arbitragem portuguesa, em 2009 e, em segunda versão revista, em 2010, adoptou-se como critério de arbitrabilidade das controvérsias uma solução idêntica à das leis alemã e austríaca.

Dispõe-se no art. 1.º, ns. 1 e 2, deste Projecto:

“Artigo 1.º

(Convenção de arbitragem)

1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2. É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.”

que são consideradas inarbitráveis) podem ser submetidas a arbitragem; sobre este tema, cfr. Bernard Hanotiau, *ob. cit.*, p. 178-180.

61. É o que acontece nos direitos alemão (ZPO, § 1030), austríaco (ÖZPO, § 582) e francês (v. Jean-Louis Devolvé, Gerald Pointon and Jean Rouche - *ob. cit.*, p. 48).
62. Por se entender que, nessa altura, o trabalhador já não está economicamente dependente do empregador; adoptam esta solução o direito francês (v. Jean-Louis Devolvé, Gerald Pointon and Jean Rouche, *ob. cit.*, p. 48) e o austríaco (Andreas Reiner - “*La Réforme du Droit Autrichien de L'Arbitrage*” - *Revue de l'Arbitrage* - 2006, n. 2, p. 408).
63. É o caso dos direitos alemão e italiano. Solução semelhante foi adoptada, para esta categoria de litígios, no Projecto de Nova LAV (ar. 61.º) apresentado pela Direcção da APA.

5. INARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS EM VIRTUDE DOS LIMITES CONTRATUAIS DA ARBITRAGEM

20. A insusceptibilidade de resolução de alguns litígios por árbitros pode resultar não da natureza do direito controvertido (*indisponibilidade* ou *não patrimonialidade*), mas antes das características intrínsecas da arbitragem.

Dada a sua base contratual (uma convenção celebrada entre duas ou mais partes), a arbitragem tem uma intrínseca dificuldade em afectar um círculo de pessoas que ultrapasse as que são partes na convenção de arbitragem.⁶⁴

Relativamente àquelas categorias de litígios que, pela sua natureza, exijam soluções centralizadas, capazes de serem impostas a todos os que por elas sejam afectados (independentemente de estarem vinculados à mesma convenção de arbitragem), a arbitragem não tem aptidão para ser um eficaz meio de resolução de litígios.⁶⁵

Naqueles casos em que só algumas das pessoas afectadas pelas decisões a proferir estão vinculadas por uma convenção de arbitragem, a tutela que é necessário conferir ao conjunto dos interesses em causa não é compatível com a possibilidade de algumas vertentes dos litígios que os envolvam serem dirimidas por arbitragem e de outras vertentes desses litígios serem resolvidas pelos tribunais estaduais, dando azo a decisões entre si inconciliáveis. Com efeito, quando o conjunto dos interesses que importa tutelar reclame soluções proferidas por um único julgador e entre si compatíveis, só um tribunal estadual, porque dotado de jurisdição universal, tem capacidade para as fornecer.

Esta limitação inerente à natureza da arbitragem manifesta-se em diversas áreas da ordem jurídica, originando a inarbitrabilidade de certas

64. Esta ideia encontra-se insistentemente sublinhada e ilustrada em diversos estudos incluídos na obra colectiva editada por Loukas Mistelis e Stavros Brekoulakis. *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2009. De entre esses estudos, merecem destaque, quanto ao ponto aqui mencionado, os de Loukas Mistelis, de Stavros Brekoulakis e de Pilar Perales Viscasillas.

65. V. Loukas Mistelis. *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, p. 8; e Stavros Brekoulakis. *On Arbitrability – Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, p. 32, 33, 34 e 44, ambos estes estudos constantes da obra colectiva citada na nota anterior.

categorias de litígios, como, por exemplo, algumas das atinentes à propriedade intelectual, aos processos falimentares ou ao direito das sociedades.

Mesmo considerando apenas as áreas referidas, verifica-se, contudo, que as diversas ordens jurídicas adoptam soluções divergentes quanto à arbitrabilidade de algumas categorias de litígios pertencentes a essas áreas. As causas dessa divergência são, por um lado, o facto de a referida limitação, inerente à natureza convencional da arbitragem, ser percebida de forma diferente pelas várias ordens jurídicas que, por isso, respondem também diferenciadamente a tal limitação e, por outro lado, a circunstância de não serem coincidentes as “visões nacionais” do que exigem os princípios de ordem pública que são relevantes na determinação das soluções que as diversas ordens jurídicas dão para essas limitações.⁶⁶

5.1 Litígios atinentes a direitos de propriedade intelectual sujeitos a registo

21. Em numeroso países, como França, Alemanha, Holanda, Itália e Portugal, os litígios relativos à validade dos títulos de propriedade intelectual sujeitos a registo (e.g., patentes e marcas) não podem ser decididos por árbitros, pelo menos, quando a validade desses títulos seja apreciada a título principal.

A justificação desta solução reside no facto de a decisão do tribunal dever, em princípio, produzir efeitos *erga omnes*, quer tal decisão conclua pela validade do título previamente inscrito no respectivo registo público (mantendo a eficácia inerente à inclusão nesse registo) quer conclua pela invalidade de tal título (excluindo-o desse registo).

Os litígios inerentes à validade de patentes ou de marcas podem, em Inglaterra e nos EUA (neste país, só a validade das patentes, mas já não a das marcas) ser submetidos a árbitros, mas a decisão por estes desses litígios só tem efeitos *inter partes* (sendo de notar que, em Inglaterra, a sentença que reconheça a validade de patente é passível de recurso, se esta vier subsequentemente a ser declarada nula por um tribunal estadual).

Na Suíça, ao contrário do acontece na generalidade dos países, um tribunal arbitral pode decidir sobre a validade de uma patente ou de

66. Chamando atenção para estes pontos, especificamente quanto à relação entre as arbitragens e os processos de falência, v. Stefan M. Kröll. *Arbitration and Insolvency Proceedings*, em *Pervasive Problems in International Arbitration*, Edited by Loukas Mistelis and Julian Lew. The Netherlands Kluwer Law International, 2006. p. 362-367 e 375-376.

uma marca e a sua sentença será reconhecida pela entidade pública que administra o respectivo registo (produzindo efeitos *erga omnes*), desde que tenha sido reconhecida e declarada executória por um tribunal estadual suíço.⁶⁷

Os litígios respeitantes à concessão ou recusa da patente ou do registo de marcas pela entidade competente, são inarbitráveis na Alemanha e em França,⁶⁸ mas são, em princípio, arbitráveis em Portugal. Com efeito, o art. 48.º do Código da Propriedade Industrial [por remissão para o seu art. 39.º, a)] admite a sujeição a arbitragem de tais controvérsias, sob condição, porém, da “aceitação do compromisso arbitral pelos contra-interessados, quando existam”, o que mostra bem que a existência de mais pessoas do que as vinculadas à convenção de arbitragem, que sejam afectadas pela sentença arbitral, pode impedir a arbitrabilidade do litígio.

Em contrapartida, os litígios relativos a direitos contratuais, como são os atinentes à propriedade, alcance, contrafacção e exploração das patentes ou marcas (e.g., os relativos a sua transmissão e a licenças de utilização), que não põem em causa a validade desses títulos de propriedade industrial, são considerados como arbitráveis na generalidade dos ordenamentos jurídicos.⁶⁹

5.2 Litígios respeitantes à falência ou insolvência

22. A doutrina tem abundantemente salientado a tensão existente entre o carácter colectivo dos processos falimentares e a relatividade (*privity*) da convenção de arbitragem, tensão essa que tem o efeito, em certos casos, de subordinar a lógica de um destes institutos (a arbitragem) à do outro (a insolvência).⁷⁰

Na verdade, enquanto os interesses primordiais tutelados pelo regime do processo de insolvência (que consistem essencialmente na tutela do universo dos credores comuns e privilegiados, visando a satis-

67. Para uma análise de direito comparado sobre esta temática, pode consultar-se, entre outros, Bernard Hanotiau, *ob. cit.*, p. 199-212, e Poudret et Besson, *ob. cit.*, p. 302-305.

68. *Idem*, *ibidem*.

69. *Idem*, *ibidem*.

70. Um exame de direito comparado sobre esta matéria pode encontrar-se nas referidas obras de Bernard Hanotiau, *ob. cit.*, p. 181-188, de Poudret e Besson, *ob. cit.*, p. 305-309, e de Stefan M. Kröll, *ob. cit.*, p. 357-376.

fação dos seus créditos, consoante a respectiva graduação) reclamam uma decisão centralizada das questões atinentes a falência (funcionando aqui a chamada *vis attractiva concursus*), a arbitragem favorece uma abordagem descentralizada na resolução dos litígios.⁷¹

Não surpreende, por isso, que praticamente todos os sistemas jurídicos vedem a intervenção dos árbitros nas “questões nucleares” dos regimes da falência ou insolvência (os chamados *core claims* ou *pure bankruptcy issues*), incluindo o decretamento da insolvência, que tem como efeitos imediatos a suspensão das execuções em curso contra o insolvente (ou até, em numerosas ordens jurídicas, de todas as acções judiciais de natureza patrimonial em que aquele seja réu ou autor), a retirada da administração da massa insolvente ao devedor e sua entrega a um administrador nomeado pelo tribunal a quem é conferida a missão de maximizar o valor líquido dessa massa, com o poder de, em função desse objectivo, recusar o cumprimento de negócios anteriormente celebrados pelo insolvente e que estejam pendentes, passando a imperar rigorosamente o princípio do tratamento igualitário dos credores pertencentes a cada classe, que é considerado, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, como integrando a respectiva ordem pública, interna e internacional.⁷²

É também largamente predominante, no direito comparado, a reserva aos tribunais estaduais das acções revogatórias de actos prejudiciais à massa insolvente, praticados durante o chamado “período suspeito” assim como das decisões sobre a graduação dos créditos a satisfazer,⁷³ por se tratar de matérias intimamente ligadas às referidas questões nucleares do regime da insolvência.

Ao invés, na maioria das ordens jurídicas, admite-se a decisão por árbitros de litígios meramente contratuais existentes entre o devedor e terceiros, tal como o pedido de pagamento de uma soma de dinheiro (com a possível restrição⁷⁴ de o tribunal arbitral poder declarar existente o crédito sobre a massa insolvente, mas não poder condenar esta no

71. V. Poudret e Besson, ob. cit., p. 305; Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 181-182; Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 359-367.

72. V. os autores citados nas duas notas anteriores.

73. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 182, Poudret e Besson, ob. cit., p. 306-308; Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 367-372.

74. Esta restrição existe no Direito francês, mas não nos Direitos alemão e suíço: cfr., Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 369.

respectivo pagamento, que depende do processo colectivo a cargo do tribunal estadual competente) ou o pedido de separação de bens não pertencentes a massa insolvente.⁷⁵

Para os efeitos suprarreferidos, é maioritária, no plano do direito comparado, a solução de considerar que uma cláusula compromissória celebrada pelo devedor, antes da declaração de insolvência, continua a vincular a massa insolvente (e o seu administrador). Em sentido contrário dispõem, porém, os direitos holandês, italiano, espanhol e português.⁷⁶

No Direito espanhol e no Direito português (v. art. 87.º, n. 1, do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas), uma vez decretada a falência, fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais anteriormente celebradas pelo insolvente, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa. Alguma doutrina espanhola defende que esta solução vale para as arbitragens internas, mas já não para as internacionais;⁷⁷ é muito duvidoso que o mesmo se possa defender-se, no âmbito do Direito português.

Relativamente às arbitragens em curso, a solução predominante no direito comparado é a de se admitir, com algumas condições, que possam prosseguir. Assim, no Direito francês,⁷⁸ os processos arbitrais pendentes não se extinguem, mas são automaticamente suspensos por determinação da lei, até que o credor haja reclamado o seu crédito junto do tribunal estadual competente, após o que a arbitragem pode continuar. Na Suíça e em Portugal (v. art. 85.º, n. 3, do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas), os processos arbitrais em curso só

75. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 182; Poudret e Besson, ob. cit., p. 306-308; Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 371-372.

V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 182-183; Poudret e Besson, ob. cit., p. 306-308; Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 369.

76. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 186; Poudret e Besson, ob. cit., p. 308; v. quanto ao Direito português, o art. 87.º, n. 2, do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

77. V. Miguel Virgós. Arbitration in times of insolvency. *Chambers Client Report*, n. 28, October 2008, p. 71.

78. Segundo os arts. 1.465 e 369 do NCPC francês, o processo arbitral interrompe-se até que o credor haja reclamado o seu crédito perante o tribunal estadual competente para a falência (considerando a jurisprudência que esse requisito integra a ordem pública internacional do Estado francês, só podendo o processo arbitral continuar após tal requisito ser cumprido; cfr., Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 368-369.

se suspendem por curto período, para que o devedor insolvente passe a ser neles representado pelo administrador da insolvência (o que sucede também em França e na Itália). Na Alemanha, porém, o tribunal arbitral deverá (em obediência aos princípios fundamentais de *due process* aplicáveis no processo arbitral) proporcionar ao administrador de insolvência tempo suficiente para estudar o processo e preparar a sua defesa, o que pode implicar uma suspensão do processo arbitral em causa por tempo considerável.⁷⁹

O que fica dito mostra bem que, mesmo quando a arbitragem não é sacrificada pelos imperativos do regime da insolvência, é por estes condicionada em maior ou menor grau.

5.3 Litígios regidos pelo direito das sociedades

23. A “relatividade” da convenção de arbitragem e o facto de a sentença só poder produzir efeitos sobre quem esteja vinculado a tal convenção, criam limites insuperáveis à utilização da arbitragem para dirimir alguns litígios regidos pelo direito das sociedades, tais como os litígios entre a sociedade (ou os titulares dos seus órgãos) e terceiros, nomeadamente, os credores sociais, que não são obviamente abrangidos por uma cláusula compromissória inserida nos estatutos, por muito amplos que sejam os termos em que aquela haja sido redigida.

Razões que podem também reconduzir-se à fonte consensual da arbitragem e à sua inadequação para resolver litígios que afectem mais pessoas do que as que devam considerar-se vinculadas pela convenção de arbitragem, originam a exclusão da arbitragem quanto a todos ou alguns dos litígios intra-societários respeitantes a sociedades cotadas em bolsa, nomeadamente, no Direito italiano,⁸⁰ no Direito alemão,⁸¹ e nos direitos dos estados federados norte-americanos, mas aqui só relativamente aos *derivative claims*.⁸² A exclusão, nos EUA, da arbitragem para

79. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 186, Poudret et Besson, ob. cit., p. 308; Stefan M. Kröll, ob. cit., p. 369; e Christoph Liebscher. *Insolvency and Arbitrability*, p. 175 da obra colectiva editada por Loukas Mistelis e Stavros Brekoulakis. *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, acima citada.

80. Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5. art. 34 (1).

81. Segundo a opinião da doutrina largamente predominante; cf. as regras suplementares para a arbitragem dos litígios societários sugeridas pela *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*.

82. V. Bernard Hanotiau, ob. cit., p. 158-159.

decidir sobre os *derivative claims* é justificada pela não admissão de que uma convenção de arbitragem inserida nos estatutos de uma sociedade cotada possa vincular a totalidade dispersa dos seus accionistas, pelo simples facto de estes terem feito um pagamento para adquirir acções dessa sociedade, em bolsa.⁸³

Como antes referi, a submissão a arbitragem de algumas categorias de litígios pertencentes ao direito das sociedades, suscita outras difíceis questões que importa distinguir das da mera arbitrabilidade das controvérsias. Limitar-me-ei aqui a enunciar algumas dessas questões:

– Admitindo que as acções de anulação e declarativas da nulidade de deliberações sociais possam ser decididas por um tribunal arbitral, será uma disposição como a do art. 61.º, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais português⁸⁴ aplicável (por analogia) às arbitragens que versem sobre aquelas acções?

– Se não puder aplicar-se esta disposição legal a tais arbitragens, de que forma ou sob que condições poderá conseguir-se que a decisão arbitral que anule ou declare a nulidade de uma deliberação social tenha eficácia de caso julgado não só em relação ao(s) sócio(s) proponente(s) da acção e à sociedade que nesta figura como demandada, mas também em relação aos demais sócios e aos titulares dos órgãos sociais?

83. Idem, ibidem. Uma análise aprofundada dos argumentos contra e a favor da arbitrabilidade dos *derivative actions* e de matérias afins, como as *securities class actions*, pode ler-se em Perry Herzfeld. “Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes” – *Arbitration International*. London: Kluwer Law International, 2008, Issue 2, p. 297-329; Estas figuras de direito processual são assim definidas por este autor: “‘derivative actions’ are actions whereby, in certain circumstances, shareholders sue in the name of the company to enforce a right held by the company. ‘Class actions’ are actions in which issues that arise in a number of sufficiently similar claims are determined together in a single proceeding brought by a representative plaintiff”. Ob. cit., p. 298.

84. Que dispõe: “a sentença [de um tribunal judicial] que declarar nula ou anular uma deliberação [social] é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção”. Esta disposição legal opera assim uma extensão dos limites subjectivos do caso julgado produzido por tais sentenças judiciais, conferindo-lhe uma eficácia geral no seio da sociedade. Pode ver-se o tratamento desenvolvido desta temática, em Jorge Pinto Furtado. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 805-815 e 825-835.

– Caso deva concluir-se que essa decisão arbitral nunca poderá ter uma “eficácia geral no seio da sociedade” idêntica à que o art. 61.º, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais confere às sentenças judiciais homólogas, que efeito terá ela perante aqueles actores da vida interna da sociedade que não participaram na arbitragem em causa?

– Será, ao menos, essa sentença “oponível” a quem não haja sido parte no processo arbitral?⁸⁵ E em que consistirá essa “oponibilidade”?

Em minha opinião, a resposta a estas questões não depende só da possibilidade de outros sócios, além dos proponentes daquelas acções arbitrais, terem a faculdade de nelas intervirem (mesmo que não exerçam tal faculdade) ao abrigo da figura da “intervenção de terceiros” que esteja prevista e regulada na convenção de arbitragem, no regulamento de arbitragem aplicável ou na *lex arbitri*, sem embargo de a inclusão desta figura na regulamentação legal ou convencional das arbitragens poder contribuir, em grande medida, para minorar os problemas criados pelos suprarreferidos limites intrínsecos de qualquer arbitragem.

Estas são, no entanto, questões que ultrapassam claramente a da mera arbitrabilidade de litígio e que deverão ser apreciadas noutra sede.

85. Chamando a atenção para necessidade de se distinguir entre a *eficácia de caso julgado* e a simples *oponibilidade* da sentença arbitral, v. Pierre Mayer, em *Jurisprudence Française*. *Revue de l'Arbitrage*, 2007, n. 4, p. 771-774, e 2009, n. 2, p. 330-331.