



Rui Manuel Pinto Soares Pereira Dias

Litigância societária internacional no direito da União Europeia: os pactos de jurisdição societários

Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Internacional, orientada pelos Senhores Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos e Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rui Manuel Pinto Soares Pereira Dias

Litigância societária internacional no direito da União Europeia: os pactos de jurisdição societários

Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Internacional, orientada
pelos Senhores Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos e
Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O autor beneficiou de uma bolsa de investigação para doutoramento atribuída pela Fundação para a Ciência e Tecnologia com a referência SFRH/BD/69747/2010.



RESUMO

O presente estudo dedica-se a uma análise jurídico-internacionalprivatística e jurídico-societária dos pactos de jurisdição, à luz do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (*Bruxelas Ia*).

Após um enquadramento introdutório que coloca em realce o entrecruzamento entre o direito internacional privado europeu aplicável às sociedades e o direito societário nacional português, usa-se como ponto de partida a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Powell Duffryn*, considerando que «qualquer acionista é suposto ter conhecimento» de uma cláusula atributiva de jurisdição contida nos estatutos sociais e «consentir efetivamente na atribuição da jurisdição que ela prevê, desde que os estatutos da sociedade estejam depositados num local a que o acionista possa ter acesso, tal como a sede da sociedade, ou constem de um registo público».

O arrazoado do Tribunal levanta problemas perante o comum entendimento do pacto de jurisdição enquanto contrato, justificando uma indagação acerca do papel do consentimento e da vontade na sua celebração e, no fim de contas, a procura de uma compreensão da sua natureza jurídica, tendo em mente o regime jurídico que lhe é aplicável em *Bruxelas Ia*. A afirmação da antecedência lógico-normativa da autonomia privada, conforme atuada numa convenção jurisdicional, sobre a ordenação legal de competências que um dado regime jurídico-positivo, temporal e espacialmente situado, institua, tem a virtualidade de nos permitir desenhar os traços de fundo de um quadro que define como ilegítima a alegação da existência, e o exercício, de uma cláusula atributiva de jurisdição, sempre que não haja um mínimo indispensável de correspondência entre o conteúdo de uma tal cláusula e a vontade de uma pessoa — seja essa vontade *real*, ou

antes apenas lhe seja *razoavelmente imputável*, em face da posição em que se encontrava de *dever* ou *poder conhecer* o conteúdo da referida cláusula, porque incluída no seio de um instrumento (contratual, estatutário ou outro) que a vincula.

Com esses elementos, empreendemos uma análise dos requisitos de admissibilidade, validade e eficácia de um pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia. Após uma referência aos pressupostos da sua aplicabilidade, bem como ao quadro geral definido com respeito aos limites «externos» e «internos» da vinculação ao pacto de jurisdição, atentamos no caso particular de extensão da vinculação da cláusula, para lá de um estrito consentimento, que para nós mormente releva: o das cláusulas jurisdicionais estatutárias.

Aí chegados, dedicamo-nos em especial aos aspectos mais duvidosos em razão de que, dadas as suas particularidades, poderão convocar simultaneamente elementos em que, na aparência, se conjugam, mais ou menos inextricavelmente, o *jurídico-societário* e o *jurídico-conflitual*, como sejam: os problemas da *lei aplicável às convenções jurisdicionais* e o respetivo âmbito de aplicabilidade (designadamente, perante o atual teor do artigo 25.º de Bruxelas Ia); da relevância das características da regulamentação *estatutária* e *societária* em geral; dos limites que esta última impõe às atuações jurisdicionais; do controlo que uma invocação ou exercício abusivo do pacto deve merecer; da possibilidade de sancionar civilmente o incumprimento de pactos de jurisdição societários; e bem assim da necessidade de enquadrar o pacto de jurisdição no regime jurídico aplicável às convenções relativas à ação social de responsabilidade, deste modo cruzando os confins do nacional e do europeu, do societário e do jurisdicional.

Palavras-chave: pactos de jurisdição societários; atividade societária internacional; direito internacional privado; direito das sociedades.

ABSTRACT

This study is dedicated to an analysis, from the point of view of both private international law and company law, of company-law related choice-of-court agreements under Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council, of 12 December 2012, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (*Brussels Ia*).

After an introductory framing that emphasizes the intersection of private international law applicable to companies and Portuguese national corporate law, we depart from the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in *Powell Duffryn*, where it has been established that «when the company's statutes contain a clause conferring jurisdiction, every shareholder is deemed to be aware of that clause and actually to consent to the assignment of jurisdiction for which it provides if the statutes are lodged in a place to which the shareholder may have access, such as the seat of the company, or are contained in a public register».

The European Court's reasoning raises issues when confronted with the most common understanding of the choice-of-court agreement as a contract, justifying an inquiry on the role of consent and agreement in its conclusion, and, in the end, the search for a comprehension of its legal nature, with the Brussels Ia legal framework in mind. By asserting the logical-legal antecedence of private autonomy, as put in motion by the conclusion of a jurisdictional agreement, vis-à-vis a so-called statutory ordinance of competence instituted by a given positive-legal regime, situated in time and space, we see advantages for the delineation of a framework that considers illegitimate the allegation of existence and the exercise of a jurisdictional clause, whenever there is not an indispensable minimum of correspondence between the contents of such clause and a person's consent — be it a *real* consent, or rather one that is to her reasonably imputable,

given that the person was in the position to be able to know, or ought to know, the content of such clause, included in a contract or statutes that bind her.

With these elements, we undertake an analysis of the conditions of admissibility, validity and effectiveness of a choice-of-court-agreement under Brussels Ia. After referring to the main demands for its applicability, as well as to the general framework regarding the «external» and «internal» limits of their binding effects, we draw attention to the particular situation of the extension of such binding effects, beyond a strict understanding of consent, in statutes of companies.

We then tackle in particular some doubtful situations where company-legal and conflicts-of-law and conflicts-of-jurisdiction aspects are, more or less inextricably, simultaneously at stake, namely: the law applicable to jurisdiction agreements and the scope of its application (especially regarding the recast version of now Article 25 of Brussels Ia); the relevance of statutes and generally corporate-related regulation; the limitations imposed by the latter to jurisdictional undertakings; the possible control against an abusive invocation or exercise of the jurisdiction agreement; and the need to set and analyse choice-of-court agreements within the framework of rules applicable to agreements related to corporate liability suits, thus crossing the borders of national and European, of corporate and jurisdictional.

Keywords: company-law related choice-of-court agreements; international corporate activity; private international law; company law.

PLANO DA OBRA

INTRODUÇÃO

1. A atividade societária internacional e sua regulamentação jurídica
2. Delimitação do objeto do trabalho e colocação do problema

CAPÍTULO I — Questionamentos societários e jurisdicionais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: o acórdão «Powell Duffryn» como ponto de partida

1. Introdução
2. O acórdão «Powell Duffryn»: factos e decisão. Apreciação preliminar
3. A posição crítica de alguma doutrina
4. O assumido desinteresse pela problemática jurídico-societária envolvida
5. Um exemplo na jurisprudência de tribunais nacionais: o acórdão do «Landgericht» de Munique de 13 de abril de 2006
6. Indicação de sequência

CAPÍTULO II — Natureza jurídica do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia

1. Razão de ordem
2. Alemanha
3. Para lá da Europa continental: o papel do «consentimento» ou «vontade» («consent»), em «Common Law» e na União Europeia, na obra de Adrian BRIGGS
4. Crítica. A antecedência lógico-normativa da autonomia privada, atuada nas convenções jurisdicionais, em relação à «ordenação legal de competências»

CAPÍTULO III — Requisitos gerais (independentes do contexto societário) de admissibilidade, validade e eficácia do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia

1. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia
2. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia (cont.): os limites «externos» da vinculação ao pacto de jurisdição (ou a sua «admissibilidade»)
3. Os limites «internos» da vinculação ao pacto de jurisdição
4. Os casos particulares: a extensão da vinculação da cláusula, para lá de um estrito consentimento

CAPÍTULO IV — Pactos de jurisdição «societários» à luz de Bruxelas Ia

1. Primeiro diálogo com tentativas de articulação entre os elementos societários e jurisdicionais
2. A lei aplicável ao pacto de jurisdição societário
3. Os estatutos sociais
4. Limitações societárias à vinculação jurisdicional: as «ilhas de contratualidade»
5. O controlo do exercício abusivo
6. Competência internacional exclusiva da sede social (artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia)
7. Indemnização por incumprimento do pacto de jurisdição societário?
8. Indicação de sequência

CAPÍTULO V — Convenções relativas à ação social de responsabilidade

1. Introdução
2. História legislativa do artigo 74.º do CSC
3. O alcance da proibição de cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC)
4. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 2.ª e 3.ª partes, do CSC)
5. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade e os pactos de jurisdição societários

CONCLUSÕES

MODO DE CITAR

Os manuais e monografias são citados através da identificação do autor, título, volume (caso não seja único), edição (caso não seja a primeira ou a única), editora, local de publicação e data. Os artigos de revistas, incluídos em obras coletivas e em compilações são citados respectivamente da seguinte forma: autor, título, publicação, ano, número e/ou data e página(s); autor, título, obra coletiva, organizadores (quando existam), editora, local da publicação, data e página(s); autor, título, título da compilação, editora, local da publicação, data e página(s).

A jurisprudência é citada pela indicação completa na sua primeira menção, usando-se nas subseqüentes referências o nome do tribunal (abreviado, tanto na primeira como nas subseqüentes citações), o nome pelo qual a decisão é conhecida ou o número do processo (se existirem), bem como a data da decisão judicial.

Na bibliografia final, listam-se a jurisprudência e a doutrina citadas. O critério de ordenação é o cronológico para a jurisprudência, indicada em primeiro lugar; e o alfabético para a doutrina, apresentada de seguida. Existindo várias obras ou artigos do mesmo autor, serão indicados por ordem cronológica. Quando um autor tenha publicado várias obras ou artigos com pequenas variações na assinatura, uniformizamo-la na bibliografia, tanto na final como em notas de pé de página. Nestas últimas, a primeira citação dos artigos e obras faz-se através da indicação bibliográfica completa. Nas seguintes menções, a identificação realiza-se apenas pela indicação do autor e título, abreviado, omitindo-se os demais elementos.

As transcrições fazem-se privilegiadamente em tradução nossa para o português, a partir do idioma original. Quando oportuno, em virtude da dificuldade de tradução ou de uma particular expressividade idiomática, incluem-se referências na língua original, entre parêntesis e em estilo caligráfico itálico, a acompanhar os passos traduzidos.

Nas citações da lei, de jurisprudência ou de doutrina, utiliza-se privilegiadamente (além das aspas) o estilo caligráfico itálico, para facilitar a sua identificação, salvo quando preferimos reservar esse estilo para apenas fragmentos da citação, que pretendemos sublinhar, caso em que o indicaremos. No que respeita às transcrições de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, prefere-se a versão em língua portuguesa. Na jurisprudência não disponível em português, prefere-se a língua do processo, quando a dominamos, ou a língua inglesa.

ABREVIATURAS

AAFDL	– Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac.	– acórdão
AcP	– Archiv für die civilistische Praxis
acs.	– acórdãos
A-G	– Advogado-Geral
AG	– Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	– Aktiengesetz (Alemanha)
al.	– alínea
alt.	– alterado
Am. J. Comp. L.	– American Journal of Comparative Law
anot.	– anotação
art.	– artigo
arts.	– artigos
ASADIP	– Asociación Americana de Derecho Internacional Privado
Aufl.	– Auflage (edição)
BeckRS	– Beck-Rechtsprechung
Begr.	– Begründer (fundador)
BFD	– Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemão)
BGH	– Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)
BGHZ	– Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	– Boletim do Ministério da Justiça
Brook. J. Int'l L.	– Brooklyn Journal of International Law
Bruxelas I	– Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial
Bruxelas Ia	– Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação)

Calif. L. Rev.	– California Law Review
Cap.	– Capítulo
CC	– Código Civil
CIRE	– Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	– Colectânea de Jurisprudência
CML Rev.	– Common Market Law Review
cont.	– continuação
CPEREF	– Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRCom	– Código do Registo Comercial
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
CVM	– Código dos Valores Mobiliários
DB	– Der Betrieb
Del. Ch.	– Court of Chancery of the State of Delaware
DGCL	– Delaware General Corporation Law
DIP	– Direito internacional privado
Dir. comm. int.	– Diritto del commercio internazionale
DNotZ	– Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	– Diário da República
DSR	– Direito das Sociedades em Revista
EBLR	– European Business Law Review
ed.	– edição
Emory L.J.	– Emory Law Journal
esp.	– especialmente
EUA	– Estados Unidos da América
EuZW	– Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	– England and Wales Court of Appeal
Fortf.	– Fortführer (continuador)
GEDIP	– Groupe européen de droit international privé
GesKR	– Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Suíça)
GesRZ	– Der Gesellschafter — Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Áustria)
GmbHG	– Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Alemanha)

GPR	– Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Harv. L. Rev.	– Harvard Law Review
Ibid.	– ibidem
ICLQ	– International & Comparative Law Quarterly
Id.	– idem
IDET	– Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
InsO	– Insolvenzordnung
Int. J. Proced. L.	– International Journal of Procedural Law
IPRax	– Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRG	– Lei Federal Sobre o Direito Internacional Privado, de 18.12.1987
J.Int.Arb.	– Journal of International Arbitration
JOCE	– Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	– Jornal Oficial da União Europeia
JZ	– Juristen Zeitung
KTS	– KTS — Zeitschrift für Insolvenzrecht
Law & Contemp. Probs.	– Law and Contemporary Problems
LG	– Landgericht (Alemanha)
LMK	– Lindenmaier-Möhring — Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LSQ	– Lei das Sociedades por Quotas
Mich. J. Int'l L.	– Michigan Journal of International Law
MittBayNot	– Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
n.	– nota
NJW	– Neue Juristische Wochenschrift
nn.	– notas
N.Y.U. L. Rev.	– New York University Law Review
NZG	– Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
O Direito	– Revista O Direito
ob. cit.	– obra citada
OLG	– Oberlandesgericht (Alemanha)
p.	– página
pp.	– páginas
QB	– Queen's Bench Division (High Court of Justice of England and Wales)

RabelsZ	– Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCEJ	– Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDE	– Revista de Direito e Economia
RDES	– Revista de Direito e de Estudos Sociais
Riv. dir. int. priv. proc.	– Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RDM	– Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (Brasil)
RdS	– Revue des Sociétés
RDS	– Revista de Direito das Sociedades
Recueil des Cours	– Recueil des Cours de l’Académie de Droit International
REDI	– Revista Española de Derecho Internacional
reimpr.	– reimpressão
repr.	– reprint(ed)
Rev. crit. DIP	– Revue critique de droit international privé
RFDUL	– Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RG	– Reichsgericht (Alemanha)
RGZ	– Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	– Recht der Internationalen Wirtschaft
RLJ	– Revista de Legislação e de Jurisprudência
Rn.	– Randnummer(n)
ROA	– Revista da Ordem dos Advogados
RTDCDE	– Revue Trimestrelle de Droit Commercial et Droit Economique
RTDPC	– Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Roma I	– Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)
Roma II	– Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)
Rutgers L.J.	– Rutgers Law Journal
s.	– seguinte
SCOTUS	– Supreme Court of the United States
sep.	– separata
SNC	– Sistema de Normalização Contabilística
ss.	– seguintes

t.	– tomo
tb.	– também
TC	– Tribunal Constitucional
TEDH	– Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	– Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
Themis	– Themis – Revista de Direito (Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa)
TJUE	– Tribunal de Justiça da União Europeia
TRCoimbra	– Tribunal da Relação de Coimbra
TRÉvora	– Tribunal da Relação de Évora
TRGuimarães	– Tribunal da Relação de Guimarães
TRLisboa	– Tribunal da Relação de Lisboa
TRPorto	– Tribunal da Relação do Porto
UFRGS	– Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil)
V.	– <i>Vide</i> ; na identificação das partes em decisões judiciais: <i>versus</i>
Vol.	– Volume
vs.	– <i>versus</i>
WM	– Wertpapier Mitteilungen
Yale L. J.	– Yale Law Journal
ZEuP	– Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	– Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	– Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	– Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	– Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	– Zeitschrift für Zivilprozess

INTRODUÇÃO

1. A atividade societária internacional e sua regulamentação jurídica

As sociedades comerciais, como centros de imputação de relações jurídicas, exercem crescentemente as suas atividades para lá dos confins nacionais. A atividade económica que atravessa as fronteiras do território onde vigora o nosso sistema jurídico coloca ao direito questões nascidas dessa mesma *internacionalidade*: os contratos celebrados com clientes e fornecedores podem não ser regidos pela lei portuguesa; o mesmo pode suceder com a responsabilidade civil por danos causados por uma determinada atuação imputada à sociedade; o crédito que ela reclama contra uma outra entidade em processo de insolvência junto dos tribunais de outra jurisdição será feito valer de acordo com procedimentos estranhos à lei portuguesa; *et cetera*.

Estes são exemplos de uma internacionalidade relevante para a atividade social, ainda assim estranhos à vida interna da entidade. Mas também *no seio da vida societária* se podem manifestar elementos de estraneidade, que, com crescente frequência e relevância prática, a subtraem do absoluto império de uma ordem jurídica nacional, fazendo emergir as preocupações a que um *direito internacional privado das sociedades*¹ se dedica.

¹ Assim podemos identificar em português um domínio que, por exemplo, na língua alemã é designado por *Internationales Gesellschaftsrecht*: para alguns dos textos em geral subordinados ao tema, v. o em muitos aspetos precursor GÜNTHER GRASMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrechts — Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne, Berlin, 1970, pp. 61 ss.; e, hoje, BERNHARD GROßFELD, "Internationales Gesellschaftsrecht", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Einführung zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR — Internationales Gesellschaftsrecht*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 1998, Rn. 1 ss.; PETER KINDLER, "Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht [Kaufleute, Juristische Personen und Gesellschaften]", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015, Rn. 1 ss.; MARC-PHILIPPE WELLER, "Einleitung — I. Internationales Gesellschaftsrecht", in *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die*

De acordo com as regras de conflitos de leis e de jurisdições vigentes em Portugal, regras essas que compõem essencialmente o direito internacional privado no seu âmbito juscientífico, tal como entre nós delimitado², a tarefa de determinar o regime aplicável a uma cláusula jurisdicional, bem como de determinar se a prorrogação de competência, por declaração contida em estatutos sociais, a certo tribunal português ou estrangeiro, se conforma com os dizeres estatutários e legais — essa tarefa, dizíamos, envolve a mobilização das técnicas e instrumentos próprios do direito internacional privado, não bastando para o efeito um simples cotejo das normas do direito societário português.

O tempo que vivemos é cunhado pela inserção no espaço jurídica e economicamente integrado da União Europeia. A tal soma-se a cada vez mais frequente participação num mesmo projeto societário, ou plurissocietário, de sócios nacionais ou domiciliados em diversos pontos do globo. Nesta, como noutras áreas, particularmente do direito internacional privado, não careceria sequer de menção o desenvolvimento exponencial de “*relações humanas que o direito, bem ou mal, é chamado a reger ou organizar*”³. É ainda inegável a sofisticação da atividade e do aconselhamento jurídico das sociedades comerciais, que, mesmo perante um projeto societário marcadamente *interno* ou *intranacional*, dá voz a instrumentos jurídicos que — como veremos — podem muitas vezes ser mobilizados, sem que a relação societária esteja necessariamente impregnada de uma forte marca *transnacional*.

Pode dizer-se que a *complexidade*, porventura ainda crescente, caracteriza a regulamentação jurídica dos nossos dias. E à medida que a complexidade recrudescer, aumenta a *indeterminação conceitual*, sendo que o contexto da atividade societária

Gesellschaften mit beschränkter Haftung — GmbHG, Band 1, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2015, Rn. 314 ss.; tb. na Áustria, GEORG ECKERT, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Manz, Wien, 2010, pp. 1 ss..

² V. por todos ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado — I*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 62 ss..

³ HENRI BATIFFOL, "Le droit, matière en expansion?", in HANS-JOACHIM MUSIELAK / KLAUS SCHURIG (HRSG.), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1987, p. 25

internacional concita particulares dificuldades no momento de recorrer a *parâmetros sistemáticos*⁴, de contornos menos límpidos quando nos movemos naquela *Schnittstelle* entre direito nacional e europeu, para que resvala, como se adivinha, a matéria que trataremos. O realce de algumas questões que são especialmente suscitadas no entrecruzamento das esferas societária e jurisdicional pretende, ao mesmo tempo que descreve ou tacitamente afirma essa complexidade, convocar ensinamentos de ambas as proveniências, e com sedes normativas tanto no direito nacional como no da União, para lidar com essa complexidade. Sempre com a consciência — ou, ao menos, com a convicção — de que a complexidade deve ser *abraçada*, e não *afastada*⁵. Confiamos que o estudo que empreendemos, no percurso e nos resultados, seja uma manifestação desse nosso entendimento. Mas nestes domínios do jurídico, não vamos, tomando de empréstimo a terminologia weberiana, almejar uma qualquer *explicação*: antes nos anima que, através de um enfoque que se procurou ir construindo, a partir do nosso deslumbramento juscientífico com os problemas colocados pelas normas e princípios *societários e jurisdicionais* e o seu entrecruzamento, e da *coloração qualitativa*⁶ que consigamos dar aos fenómenos assim estudados, possamos avançar, tanto quanto logremos, na busca de uma *compreensão* do direito que rege o que poderemos intitular de *litigância societária internacional*⁷.

⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1983 (5.^a reimpr.: 2013), pp. 1254-1255, *passim*.

⁵ Cfr. ERIK JAYME, "Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 154.

⁶ MAX WEBER, "Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1922 (primeiramente publicado em 1904), p. 173.

⁷ Expressão que não está hoje difundida, ao invés do género de que ela pode ser tida por espécie, a *litigância comercial internacional*, expressão comum na literatura jurídica inglesa: v., designadamente, TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation — Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; RICHARD FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

A complexidade a que aludimos comporta desafios acrescidos de *coerência* do sistema jurídico e *integridade* na aplicação do direito. Entre nós, dedicou-se Helena BRITO a um estudo do *princípio de coerência* em direito internacional privado, que se estenderia, num duplo sentido, a um *plano intrassistemático* e um outro *intersistemático*⁸. A par de uma coerência assim descrita, que se reconduz, essencialmente, à defesa da unidade do sistema jurídico e, na perspetiva das relações jurídicas com elementos de estraneidade, à defesa da *harmonia material*⁹, preocupa-nos ainda que a regulação das relações privadas internacionais a que nos dedicamos beneficiem de um tratamento que afiance a *integridade*, como DWORKIN lhe chamou, do direito e da sua aplicação¹⁰.

2. Delimitação do objeto do trabalho e colocação do problema

É perante este contexto, complexo mas merecedor de respostas coerentes, que nos propomos centrar o estudo na *litigância societária internacional*, um *chapéu* ainda

⁸ MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 642.

⁹ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1996 (4.^a reimpr.), p. 113.

¹⁰ Os dois conceitos (*coerência* e *integridade*) estão intimamente relacionados na perspetiva do próprio DWORKIN: a abrir o famoso Capítulo VI de *Law's Empire* sobre *integrity*, o Professor de Nova Iorque definia *political integrity* como um princípio legislativo, no sentido de que os legisladores procuram criar um conjunto normativo *moralmente coerente*, e um *princípio adjudicativo*, que instrui no sentido de ver-se o direito, tanto quanto possível, de um modo *coerente*. Cfr. RONALD DWORKIN, *Law's empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 1986, p. 176. Sobre o pensamento do Autor, entre nós, veja-se A. CASTANHEIRA NEVES, "Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade", in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros — Volume 3.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 413 ss.; ou ainda SANDRA MARTINHO RODRIGUES, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin (Uma Abordagem)*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 11 ss..

Sublinhando que "*a ausência de contradição, a coerência e a consequência de resultados são também exigência normativa do Direito*", e "*a exigência de não contradição, de coerência e consistência, não apenas (ou não tanto) formal, mas valorativa*", PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 66, 68.

abrangente, mas com que procuramos esclarecer, desde a primeira linha, que nos dedicaremos essencialmente aos *conflitos de jurisdições* em matéria *societária*.

No entanto, uma investigação que pretendesse exaurir o domínio da litigância societária internacional, em todos os seus matizes, exorbitaria o alcance possível para um estudo desta natureza. É por isso que, mais em particular, será o problema da *competência internacional* dos tribunais, mormente quando ela resulte da inclusão, nos estatutos sociais, de um *pacto atributivo de jurisdição*, que constituirá o objeto da nossa investigação.

Na perspetiva jurisdicional, o pano de fundo normativo que elegemos é, em face do contexto político acima indicado, o da União Europeia, uma vez que, como é amplamente conhecido e não deixaremos de pormenorizar, as regras de direito internacional privado sobre pactos de jurisdição, que encontramos reunidas no hoje vigente Regulamento Bruxelas Ia¹¹, têm prevalência sobre o direito processual civil internacional de fonte interna.

A dimensão jurídico-europeia do estudo conduzirá a que nele façamos continuado apelo à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Tal circunstância não é de estranhar: tanto em matéria de direito societário *harmonizado*, como sobretudo de direito dos conflitos de jurisdições *unificado*, cabe ao Tribunal de Justiça "*decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União*", nos termos do artigo 267.º do TFUE¹². De todo o modo, mesmo que ora se pressuponha essa não

¹¹ Assim — *Bruxelas Ia* — chamaremos abreviadamente ao *Regulamento (UE) N.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial* (JOUE 20.12.2012, L 351), que reformulou o *Regulamento (CE) N.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000* (JOCE 16.1.2001, L 12), relativo às mesmas matérias e conhecido como *Bruxelas I*, por referência à *Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial*. Também é comum, na doutrina (para jurisprudência é ainda cedo), tal como veremos em textos citados, chamar-se-lhe *Bruxelas I bis*. Não havendo uma designação oficial a impor, escolhemos, por comodidade, a mais breve.

¹² Sobre o contencioso eurocomunitário, no que diz respeito em particular ao reenvio prejudicial, v. essencialmente ALEXANDER THIELE, *Europäisches Prozessrecht — Verfahrensrecht vor dem Gerichtshof*

estranheza, é cabido ao menos recordar que a abordagem analítica à jurisprudência europeia, em sede de reenvio prejudicial, não é idêntica à que merece a dos tribunais nacionais portugueses. Sendo a finalidade primária do mecanismo processual do reenvio prejudicial a *garantia da unidade* do direito da União Europeia, não faria sentido que as interpretações dadas nessa sede não desempenhassem qualquer papel fora do processo em que foram dadas: pelo contrário, é necessário que os tribunais nacionais as não ignorem, para uma correta aplicação do direito, vinculando-se à interpretação dos dados normativos europeus ditada pelo Tribunal de Justiça¹³. É isso que comumente sucede, pelo que, conjugando esses dados com a prática dos tribunais nacionais, a doutrina europeia se dedica, como veremos, a uma interpretação dos regulamentos que reconhece o papel central das pronúncias do Tribunal de Justiça em sede de reenvio prejudicial.

Na perspetiva societária, os elementos normativos de referência serão, naturalmente, os portugueses. Os preceitos de direito das sociedades português que mais frequentemente convocaremos inserem-se na Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais. Não obstante, teremos em mente, na realização deste estudo, sobretudo as sociedades por quotas e as sociedades anónimas, uma orientação que não seria a única plausível, bem entendido, mas que os dados estatísticos sobre os tipos legais societários praticamente mais utilizados em Portugal permitem, sem dúvida, justificar¹⁴. Pontualmente, surgirão referências a diferentes regulações em cada um desses tipos, sem

der Europäischen Union, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014 § 9, Rn 1 ss.. No contexto particular dos conflitos de leis e de jurisdições, ainda por referência à função do Tribunal sediado no Luxemburgo para a interpretação das Convenções celebradas e sucessivamente objeto de adesão pelos Estados que se foram juntando à Comunidade ou à União, nos termos dos Protocolos respetivos, cfr. CHRISTIAN KOHLER, "Integration und Auslegung — Zur Doppelfunktion des Europäischen Gerichtshofes", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 11 ss..

¹³ V. por todos ALEXANDER THIELE, *Europäisches Prozessrecht*, cit., § 9, Rn. 105, com mais referências.

¹⁴ V. por todos, com dados estatísticos, JORGE M. COUTINHO DE ABREU / RUI PEREIRA DIAS, "Sociedades fechadas", in *DSR*, vol. 13, 2015, p. 16: "(...) vemos que as sociedades por quotas representam cerca de 93,9% de todo o universo societário português, ao passo que as sociedades anónimas correspondem a menos de 6%; os outros dois tipos legais societários são, portanto, estatisticamente irrelevantes."

que porém seja este o ensejo de nos ocuparmos de uma sistemática diferenciação. A verdade é que os dados jurídico-europeus que nos servem, em simultâneo, de referência não impõem essa diferenciação, que mais frequentemente será resultado de particularidades de cada lei nacional — ou, em último termo, naturalmente, do caso concreto — do que do tipo legal societário. Basta notar como o acórdão *Powell Duffryn*, a cuja análise nos dedicaremos já no primeiro capítulo, faz uma caracterização da *relação societária* como *contratual*, para efeitos jurisdicionais, com base em acórdão anterior que dizia respeito a *associações*¹⁵; ou, ainda, como também *Powell Duffryn* versava sobre os estatutos sociais de uma *sociedade por ações*, sem que a doutrina e jurisprudência ulteriores, que se apoiam naquele aresto, tenham duvidado da aplicabilidade do seu arrazoado aos demais tipos legais societários.

O modo como desenvolvemos o tema assim delimitado, entrecruzando aspectos de direito societário e de conflitos de jurisdições, justifica a opção tomada de não contemplar um tratamento autonomizado de direito comparado. Certo, o evitar do fechamento sobre si mesmo, sobre o direito material que se conhece, com os perigos daí advenientes de assim se perder uma indispensável visão de conjunto¹⁶, é cuidado que à

¹⁵ Cfr. TJUE, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, 34/82 (1983.03.22), n.º 13, em que se apoia, para a conclusão apontada em texto, TJUE, *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, C-214/89 (1992.03.10), n.º 15.

¹⁶ Sobre as funções tipicamente servidas pela comparação de direitos, v. KONRAD ZWEIGERT / HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung — auf dem Gebiete des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 13 ss.; RALF MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law", in MATHIAS REIMANN / REINHARD ZIMMERMANN (EDS.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, pp. 363 ss.; RUI PINTO DUARTE, "Uma introdução ao Direito Comparado", in *O Direito*, 138.º, IV, 2006, pp. 775 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Volume I, 3.ª, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 20 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 16 ss.. Cfr. tb. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 25 ss.. RALF MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law", cit., p. 381, fala num "funcionalismo construtivista" ao caracterizar o método que propõe, que baseia "on equivalence functionalism and on an epistemology of constructive functionalism." Por todos, sobre a ideia de *equivalência funcional*, nuclear para o pensamento comparatístico tradicional (e igualmente para a teoria geral do direito internacional privado), v. KONRAD ZWEIGERT / HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., p. 35 ("funktional gleichwertig"), *passim*. Para um exemplo de uma sua aplicação, com referências no que toca ao seu papel na operação de

partida toma o prudente cultor do direito pátrio. Mas a *abertura ao exterior* — que não só caracteriza comumente os ensaios doutrinários internacionalprivatísticos do nosso tempo, como também está espelhada na necessidade de entrecruzamento sério e coerente do direito societário com as regras de jurisdição que nos ocupam, tal como intuímos desde o início — perpassará o nosso texto de uma forma que não pretendemos *pré-definida*, o que não é o mesmo que *acriteriosa*: se, em determinados aspectos, se aconselhará uma pontual *microcomparação* que realce as características mais marcantes da solução normativa de um certo problema, já noutros poderemos fazer um confronto *macrocomparativo* dos sistemas jurídicos nas suas coordenadas mais fundamentais, com efetivos subsídios para a compreensão e interpretação daquele que mais diretamente nos ocupa, situado no devido contexto político e cultural¹⁷.

substituição, DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência internacional: Direito aplicável", in *O Direito*, 138.º, IV, 2006, p. 813.

¹⁷ Sobre o papel do *contexto cultural* nesta sede, v. por todos ERIK JAYME, "Die kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung", in *RebelsZ*, 67, 2003, pp. 211 ss.. A propósito da comparação de direitos e de como insuflá-la de dados *culturais* pode ajudar a empreendê-la e compreendê-la, são certas (e transponíveis para lá do preciso contexto em que são proferidas) as palavras de OLE LANDO: "The attitude of the German and French authors to qualification was theoretical and conceptual. The British approach to the problem was practical and case oriented. I saw that to rely on principles and concepts often appeared problematic when confronted with the facts of a case. But I also saw that the unprincipled empiricism of the English could lead to unpredictability." OLE LANDO, "Conflicts Lawyers I Have Read and Met", in *RebelsZ*, 75, 2011, p. 485.

As palavras de MOURA VICENTE parecem-nos inteiramente judiciosas ao sublinharem a *não mútua exclusão* das várias metodologias de que se pode servir o direito comparado — caracterizável, tal como o direito internacional privado, por um *pluralismo de métodos* (DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, cit., p. 37), porventura crescente (pensamos nas perspectivas que, v.g., SIEMS opõe às *tradicionais*, tais como a *pós-modernista*, a *sócio-legal* e a *númerica*, para não falar nas suas próprias propostas *contextuais e interdisciplinares*: v. MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, cit., pp. 95 ss.) —, bem como a dependência, em que se encontram as opções metodológicas, em relação ao *objeto* sobre que a comparação incide e às *finalidades* que a comparação prossegue: DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, cit., p. 38. Daqui retiramos também que *pluralismo* não é, contudo, *relativismo* metodológico (a certo propósito escreve MATHIAS SIEMS, *Comparative Law*, cit., p. 313: "(...) being an open subject means that one has to be sceptical about recommendations to establish a fixed canon of comparative law. Yet, this does not imply a methodological relativism where 'anything goes': treating methods seriously is bound to lead to a reflection about advantages and disadvantages of certain methods."), ou a negação da importância da metodologia: simplesmente, os seus concretos termos deverão ser adaptados às particularidades de *o que* se pretende comparar; e de *como e com que intuito* se pretende empreender a comparação. V. ainda

A terminar uma introdução, antecipar conclusões pecaria por imprudência. Mas um pedido ao leitor de que confie, pois os resultados certamente se evidenciarão com suficiente clareza e justificação ao longo de umas centenas de páginas, não seria animador. É por isso que, antes de entrar mais a fundo na substância, deixamos três indicações. A primeira, muito pragmática, é a de que formularemos, a terminar, *conclusões*¹⁸, em que procuraremos, com a vantagem da brevidade e a correlativa desvantagem da não completa contextualização e fundamentação, reunir alguns dos resultados a que nos levou a indagação. A segunda, mais substancial, é a de que as reflexões que nos serviram de estímulo inicial, condicionadoras do modo como surgem escolhidas e colocadas as questões para análise, surgiram da *intuição*¹⁹, cremos que devidamente fundamentada, de que a formulação de respostas para os problemas que, na litigância societária internacional, os pactos de jurisdição relativos às sociedades demandam só pode ser justamente conseguida com arrimo numa constante e simultânea atendibilidade de elementos *societários* e *jurisdicionais*, de fonte *nacional* e *européia*, que neste caminho não raramente se entrecruzam.

A terceira, enfim, é a de que, se tentarmos resumir num problema o objeto da investigação, perguntaremos: quais as particularidades de regime a que estão sujeitos os pactos de jurisdição, celebrados no quadro da regulação européia, em virtude de o sócio

¹⁸ *Infra*, pp. 555 ss..

¹⁹ Em certo sentido (mas não circunscrimos o paralelismo para lá do breve e descomprometido aceno), não andaremos longe de uma *Vorverständnis* como elemento estrutural da compreensão, ao jeito de um JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung — Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1. Aufl., Athenäum, Frankfurt am Main, 1970, em termos de uma "*pré-compreensão (ou pré-juízo)*" da justa solução que orienta fundamentalmente a decisão concreta (A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica — Problemas fundamentais*, *Studia Iuridica* 1, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 147), que todavia, bem entendido, não há de ser hiperbolizada no sentido de um qualquer casuismo, uma vez que, mesmo no quadro daquela doutrina, haveria de impor-se a sujeição a um duplo controlo *de justeza* e *de concordância*: v. LUÍS MENESES DO VALE, *Metodologia do Direito — Guião das aulas práticas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 220.

se ver a eles vinculado porque formam parte dos estatutos de uma sociedade, respeitando a litígios relativos a matérias jurídico-societárias?

CAPÍTULO I — Questionamentos societários e jurisdicionais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: o acórdão «Powell Duffryn» como ponto de partida

1. Introdução

O problema da admissibilidade, validade e eficácia de pactos de jurisdição, no âmbito do direito das sociedades, é um dos que nos coloca na charneira que liga dois grandes domínios do jurídico, em termos de análise dogmática: o *direito das sociedades* e o *direito internacional privado*²⁰.

Dir-se-á que o *direito das sociedades* que ora releva será sobretudo direito *nacional* das sociedades; mas o direito societário *européu* também poderá ter um papel a desempenhar na resolução dos problemas interpretativos com que nos deparamos, não só por uma via *indireta*, por isso que as suas soluções, objeto de *transposição* para o direito interno português, têm que ser devidamente enquadradas com vista a que daí retiremos subsídios para a mais sã interpretação do direito nacional das sociedades; como também por uma via *direta*, menos intuitivamente divisível, mas ainda assim passível de ser cogitada, que se nos apresenta quando dos instrumentos legislativos europeus, de direito derivado (pensemos nos “tipos legais societários” propriamente europeus, tais como a sociedade anónima europeia) ou até mesmo de direito originário (pensemos nas liberdades fundamentais do Tratado, *maxime* a liberdade de estabelecimento), resultem consequências juridicamente relevantes para o assunto em análise.

Da perspectiva do *direito internacional privado*, e dentro deste o *direito de conflitos de jurisdições*, com regimes *nacionais* e *européus*, não haverá previsivelmente

²⁰ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", in *ZZP*, 118, 2005, alinha dois, quando não três, domínios jurídicos, na sua perspectiva (alemã), a saber: *direito nacional das sociedades*, *direito processual civil europeu*, assim como o *direito processual civil autónomo* alemão (p. 317).

tantos entrecruzamentos normativos: o regime europeu, que para o que às sociedades interessa encontramos sobretudo no Regulamento Bruxelas Ia, impõe a sua aplicação por sobre as normas *autónomas* de direito processual civil internacional portuguesas, que encontramos no Código de Processo Civil. As últimas ficam assim com um campo de aplicação residual: isto é, serão aplicáveis tão-só quando, perante a delimitação do âmbito *espacial, temporal e/ou material* de Bruxelas Ia, este não se aplique.

Pois bem: se no contexto do direito da União Europeia é certo que ambos os domínios do jurídico vão sendo objeto da normação das instituições europeias, a disputa que ocupou os tribunais alemães e europeu vários anos, no caso que originou a intervenção do Tribunal de Justiça no acórdão *Powell Duffryn*²¹, centrou-se no problema da *eficácia processual e jurisdicional* das cláusulas de escolha de foro estatutárias, sem atentar verdadeiramente na sua *validade ou conformidade jurídico-societária* — no caso, em face do direito das sociedades por ações alemão. E se é verdade que, nesse acórdão, seja-se ou não favorável à orientação perfilhada, se decidiu sobre questões relevantes deste domínio, não menos verdade é que muitas outras questões importantes e necessariamente ligadas se quedaram sem resposta, ou mesmo sem a mínima abordagem²².

O Tribunal de Justiça, ao procurar estabelecer a fronteira entre o objeto das regras da Convenção de Bruxelas e os direitos nacionais, ao mesmo tempo que trata o âmbito de aplicação do preceito ali regulador dos pactos de jurisdição (o então artigo 17.º, hoje herdado pelo artigo 25.º de Bruxelas Ia), ordena que procuremos na lei nacional as normas aplicáveis à inclusão de um pacto de jurisdição nos estatutos de uma pessoa

²¹ Começando, já a um primeiro nível de recurso, no OLG Koblenz (OLG Koblenz, 6 U 1946/87, WM Nr. 38, 23.09.1989 1425-1428 (1989.06.01), pp. 1425 ss.), com reenvio prejudicial que originou o ac. *Powell Duffryn* (TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., a subsequente decisão daquele mesmo tribunal alemão (OLG Koblenz, 6 U 1946/87, WM Nr. 42, 17.10.1992 1736-1738 (1992.07.31), pp. 1736 ss.) e por fim o acórdão do BGH que julgou o último recurso (BGH, BGHZ 123 347-355 (1993.10.11)). V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 314.

²² Assim também PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 316, 317.

coletiva²³. Fá-lo neste acórdão *Powell Duffryn*²⁴, que, por esse motivo, permanece a pedra de toque no que concerne a interjuridicidade *societária* e *jurisdicional*²⁵ no direito da União Europeia — não obstante, como veremos, nem tudo o que o acórdão pôs em letra de forma consubstancie indiscutivelmente a solução mais capaz, e sem que nele se tenha muito menos esgotado a colocação de todos os problemas que essa interjuridicidade coenvolve, menos ainda a sua resolução.

2. O acórdão «Powell Duffryn»: factos e decisão. Apreciação preliminar

Vejam os factos principais. *Powell Duffryn plc* era uma sociedade de direito inglês que subscreveu ações nominativas da sociedade alemã *IBH-Holding AG* em aumento de capital desta. Por deliberação em assembleia geral desta última sociedade, foi introduzida nos estatutos a seguinte cláusula:

*“Os accionistas, mediante a subscrição ou aquisição de acções ou certificados provisórios, ficam sujeitos, relativamente a todos os conflitos surgidos com a sociedade ou os seus órgãos, ao tribunal comum da sede da sociedade.”*²⁶

O litígio judicial (na Alemanha, perante o *Landgericht Mainz*) surgiu quando o administrador da insolvência da *IBH-Holding (W. Petereit)* exigiu em juízo o

²³ V. p. ex. REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht - Kommentar*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, Art. 23, Rz. 82 (p. 457).

²⁴ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit..

²⁵ V. tb. MAURICE V. POLAK, "Case C-214/89, *Powell Duffryn PLC v. Wolfgang Petereit*, Judgment of 10 March 1992, not yet reported (Anotação)", in *CML Rev.*, 30, 1993 ("an important case on the cross-roads of company law and procedural law").

²⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 2. No original em alemão (disponível na correspondente versão da publicação electrónica do acórdão): "*Durch Zeichnung oder Erwerb von Aktien oder Zwischenscheinen unterwirft sich der Aktionär für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen dem ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft.*"

cumprimento de obrigações pecuniárias que vinculavam a *Powell Duffryn plc*, bem como a restituição de dividendos que lhe teriam sido indevidamente pagos.

Em sede de reenvio prejudicial, o tribunal de recurso alemão submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia um conjunto interessantíssimo de questões, atravessando vários pontos fulcrais do que é afinal problemático numa análise integrada de aspectos jurisdicionais e societários. Aí encontramos: um problema de *consentimento*, entrelaçado com o da *qualificação*, enquanto *pacto de jurisdição*, daquela regra estatutária, perante a dúvida complementar de saber se a *subscrição* é para o efeito diversa da *aquisição* de ações previamente emitidas²⁷ — evidenciando-se deste modo a premente questão do *válido e efetivo consentimento*; um problema de *forma e/ou* (novamente) *consentimento*²⁸ — o de saber se a “*declaração escrita de subscrição*” vale como *redução a escrito*, para efeitos do art. 17.º (atual artigo 25.º de Bruxelas Ia), e se a sua inclusão nos estatutos, nos termos descritos, preenchia a exigência de “*suficiente determinação da relação jurídica*”; e ainda um problema de *qualificação*, ou, noutra perspetiva possível, de *âmbito material de vinculação* do pacto jurisdicional — *i.e.*, a de aferir a aplicabilidade do dito pacto a litígios em que os pedidos sejam *pagamentos* resultantes do contrato relativo à subscrição de ações e à restituição de dividendos.²⁹

²⁷ Não é singular a colocação do problema sobre se efeitos legalmente previstos para a aquisição são também cabidos à subscrição, ou *vice versa*: v. p. ex. RUI PEREIRA DIAS, "Artigo 325.º-A — Subscrição, aquisição e detenção de ações", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2012, p. 482.

²⁸ Sobre os problemas de delimitação entre *forma* e *consentimento* na exegese do artigo 23.º de Bruxelas I, hoje 25.º de Bruxelas Ia, v. *infra*, pp. 255 ss.. Por exemplo, GAUDEMET-TALLON analisa em conjunto a primeira questão e a primeira parte da segunda questão (i.e.: se a disposição em litígio é um pacto de jurisdição nos termos do art. 17.º da Convenção de Bruxelas; e se as exigências de forma escrita estão cumpridas) porque "estão estreitamente ligadas": HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Du 10 mars 1992. — Cour de Justice des Communautés européennes (5e Ch.) (Aff. C-214/89)", in *Rev. crit. DIP*, 81 (3), 1992, p. 535. A acrescer às dificuldades, no plano societário, temos que, em certas aceções, com reflexo no que se escreve p. ex. acerca da *tipicidade legal societária*, *forma* pode significar "o mesmo que o *tipo legal* de sociedade" (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II — Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968, p. 14), sendo evidente que nem tudo o que diz respeito ao *tipo* se assimila à *forma* noutras aceções. Sobre o *tipo* e a *tipicidade* no direito dos contratos, v. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 30 ss..

²⁹ Para referência mais completa, veja-se o teor literal, na tradução portuguesa, das questões colocadas:

O Tribunal de Justiça — a propósito da alegação do administrador da insolvência *W. Petereit*, bem como da Comissão Europeia, de que na lei alemã "*os estatutos têm natureza contratual*"³⁰ — reconhece e aceita as divergências entre ordens jurídicas nacionais acerca da "*natureza das relações*" intrassocietárias³¹. Conclui que é devida uma *interpretação autónoma* do conceito de pacto atributivo de jurisdição, pois de outro modo seria colocado em causa o "*princípio da segurança jurídica*"³². No entanto, há aqui importantíssimas concessões, mais e menos explícitas, à *lex societatis*: mesmo em certos passos do acórdão em que se procura desenhar e justificar a *descolagem* em relação ao significado e *vinculatividade* substantivos dos estatutos societários³³, o apelo ao *direito nacional* é inequívoco (embora o seu preciso *alcance* possa ser menos líquido, como veremos): o sócio, ao tornar-se e permanecer sócio, "*dá o seu consentimento*" para se submeter aos estatutos e decisões dos órgãos sociais "*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*, mesmo que algumas dessas

"1) A regra contida nos estatutos de uma sociedade anónima, de acordo com a qual os accionistas por subscrição ou aquisição de acções aceitam sujeitar a resolução de todos os litígios com a sociedade ou os respectivos órgãos ao tribunal comum da sede da sociedade, constitui um pacto atributivo de jurisdição entre o accionista e a sociedade, na acepção do artigo 17.º da Convenção [de Bruxelas, correspondente ao artigo 23.º de Bruxelas I]?"

(Deverá a resposta ser diversa conforme o accionista tenha ele próprio, aquando de um aumento de capital, subscrito acções, ou tenha adquirido acções já existentes?)

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

a) A subscrição e aquisição de acções, por ocasião do aumento de capital de uma sociedade anónima, através de declaração escrita de subscrição, satisfaz a exigência de redução a escrito estabelecida no artigo 17.º, primeiro parágrafo, da Convenção, relativamente à cláusula do estatuto da sociedade que estabelece o foro convencional?

b) A cláusula atributiva da jurisdição é compatível com a exigência de suficiente determinação da relação jurídica, da qual surgirão os futuros litígios, na acepção do artigo 17.º da Convenção?

c) A cláusula estatutária atributiva de jurisdição abrange ainda o pedido de pagamentos resultantes de um contrato relativo à subscrição de acções e o pedido de restituição de dividendos indevidamente pagos?"

³⁰ V. TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 9.

³¹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 10.

³² TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 14, 20. Em geral, para uma interessante análise metodológica da interpretação autónoma (de convenções internacionais, mas que não obstante é outrossim de grande utilidade para instrumentos com as características dos regulamentos europeus), v. RENATA FIALHO DE OLIVEIRA, *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, pp. 95 ss., *passim*.

³³ V. sobretudo n.ºs 19, 21.

disposições ou decisões não tenham o seu acordo”. E, conclui-se, é de qualificar como pacto atributivo de jurisdição (na acepção do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas) uma cláusula como a *sub judice*, “inserida nos estatutos dessa sociedade e *adoptada em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e com os próprios estatutos*”³⁴.

Isto é: os estatutos e a lei societária nacional desempenham aqui um papel fundamental, dir-se-ia *prejudicial* na apreciação da existência e validade da cláusula de jurisdição, por isso que só quando “*adoptada em conformidade*” com os mesmos pode a cláusula ser relevante para efeitos jurisdicionais³⁵; e a existência e validade do *consentimento* prestado pelo acionista em “*se submeter*” aos estatutos e decisões dos órgãos sociais supõe a “*conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*, mesmo que algumas dessas disposições ou decisões não tenham o seu acordo”³⁶.

Numa apreciação preliminar, a linha de pensamento do Tribunal de Justiça não deixa de suscitar muitas hesitações quanto ao verdadeiro estatuto, afinal, do *consentimento* com respeito à cláusula jurisdicional. É que, por um lado, a referência ao direito das sociedades nacional *não preclude* — pelo contrário *afirma* — a necessidade de observar as suas disposições no que respeita ao *consentimento* prestado pelo acionista³⁷. Mas, por outro lado, quando de seguida o Tribunal se ocupa da verificação do preenchimento das “condições de forma colocadas pelo artigo 17.º da Convenção de Bruxelas” aos pactos atributivos de jurisdição³⁸, reafirma-se a jurisprudência assente no sentido de que “as formalidades exigidas pelo artigo 17.º destinam-se a *garantir a*

³⁴ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19, 21 (sublinhados nossos).

³⁵ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 21.

³⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 19.

³⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 19.

³⁸ N.ºs 22 ss. de TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit..

existência efectiva do consentimento das partes”³⁹. Essas formalidades obrigam, em geral, a que o consentimento tenha de se manifestar *de forma clara e precisa*⁴⁰. Mas o Tribunal, em *Powell Duffryn*, repetindo embora aquela *garantia da existência efectiva do consentimento* como *ratio* subjacente às formalidades exigidas pelo artigo 17.º da Convenção de Bruxelas, constrói um caminho normativo — de solidez controvertível — que em relativamente poucas palavras parte de uma perfunctória caracterização da “situação dos accionistas em relação aos estatutos de uma sociedade” (n.º 25) para brevemente concluir que o *acesso a (informação sobre)* cláusula estatutária atributiva de jurisdição é *bastante* para considerarem-se cumpridas as exigências de forma para efeitos jurisdicionais (n.º 29).

A fundamentação é a seguinte: a posição do acionista é diferente daquela do aderente a cláusulas contratuais gerais num contrato de compra e venda^{41/42}; *os estatutos revestem forma escrita* na ordem jurídica de todos os Estados contratantes da Convenção de Bruxelas⁴³; e qualquer sujeito que se torne titular de participações sociais “sabe, ou

³⁹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 24 (sublinhámos); a formulação é do aí citado TJUE, *Estasis Salotti di Colzani AIMO e Gianmario Colzani v. RÜWA Polstereimaschinen GmbH*, 24/76 (1976.12.14), n.º 7, p. 722; v. tb. TJUE, *Galleries Segoura v. Rahim Bonakdarian*, 25/76 (1976.12.14), n.º 6, p. 736 (“As formalidades exigidas pelo artigo 17.º destinam-se a garantir que o consentimento entre as partes foi efectivamente realizado”).

⁴⁰ TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 1831; TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 1851; tb., entre vários outros, TJUE, *Porta-Leasing GmbH v. Prestige International S.A.*, 784/79 (1980.05.06), n.º 5. V. por todos ULRICH MAGNUS, “Art 25”, in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I bis Regulation*, 3rd ed., Sellier, München, 2015 (em curso de publicação; texto gentilmente cedido pelo Autor), Rn. 5, 75, 78.

⁴¹ Eram contratos de compra e venda os subjacentes aos casos TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit. e aparentemente também TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit. (v. n.º 3 (“condições de venda” e sumário (“condições gerais de venda”); o n.º 2 é menos rigoroso tecnicamente ao identificar um “contrato relativo à entrega (...) de máquinas destinadas à instalação de uma fábrica (...))”).

⁴² A tanto se resume a caracterização, meramente pela negativa (*é diferente da adesão a condições gerais de venda*), da posição do acionista em face dos estatutos sociais.

⁴³ Em *Estasis Salotti*, havia um contrato reduzido a escrito, no verso do qual constavam as condições gerais que incluíam a cláusula de escolha de foro; a frente não remetia para as mesmas, mas remetia para as propostas contratuais escritas do proponente que, por sua vez, remetiam expressamente para as condições gerais (no final, a cláusula não respeitou as exigências formais porque se tomou por insuficiente algo menos do que uma *remissão expressa* (“e, portanto, susceptível de ser controlada por uma pessoa normalmente diligente”) do contrato assinado pelas partes para as condições gerais): TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14,

deve saber”, que se encontra *vinculado pelos estatutos* — não só na feição em vigor à data da sua entrada no grémio social, mas também após alterações que lhes sejam introduzidas “*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*” (n.º 27; sublinhe-se a reiterada remissão para a conformidade com a *lex societatis* nacional). E daqui se dá um verdadeiro salto, carecido, parece-nos, da devida fundamentação: “Por conseguinte, quando os estatutos da sociedade contenham uma cláusula atributiva de jurisdição, qualquer accionista *é suposto ter conhecimento desta cláusula e consentir efectivamente* na atribuição da jurisdição que ela prevê, *desde que* os estatutos da sociedade estejam depositados num local a que o accionista possa ter acesso, tal como a sede da sociedade, ou constem de um registo público.” (n.º 28). Ora, repare-se na contradição (ou ao menos no lapso lógico que conduz à conclusão deduzida): as *exigências de forma* relativas aos pactos atributivos de jurisdição servem a garantia da *existência efetiva de consentimento*; a circunstância, porém, de que os estatutos são consabidamente vinculantes de todos os sócios, associada à garantia do seu *acesso* (por depósito obrigatório na sede social e/ou registo público) por parte desses sócios, permite ao Tribunal de Justiça deduzir a conclusão de que o acionista não só “*é suposto ter conhecimento*” da cláusula, como também é suposto “*consentir efectivamente na atribuição da jurisdição que ela prevê*”.

As conclusões do Advogado-Geral TESAURO caminhavam já no sentido trilhado pelo Tribunal, e com reflexões dignas de nota, algumas não totalmente recuperadas ou acompanhadas pelo aresto: designadamente, TESAURO entendia que, não obstante a posição de “princípio” do Tribunal, na esteira da jurisprudência *Tessili*⁴⁴, no sentido de que não é tomada uma opção entre a *interpretação autónoma* ou a *remissão interpretativa*

cit., n.º 3, p. 720, n.ºs 12 e 13, p. 723. Já em *Galleries Segoura*, o contrato foi “celebrado verbalmente entre as partes”, sendo que a entrega foi acompanhada de documento de confirmação que remetia para as “condições referidas no verso”, que por sua vez incluíam a cláusula de escolha de foro (afinal inoperante, visto que faltou a “aceitação escrita da parte do comprador”): TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 2, p. 734, n.º 12, p. 738.

⁴⁴ TJUE, *Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop AG*, 12/76 (1976.10.06).

para o direito nacional, no que toca aos conceitos utilizados no texto da Convenção, a verdade é que, na sua perceção, o Tribunal vinha evoluindo depois de 1976 na direção de uma *preferência pela interpretação autónoma*, “ao ponto de poder afirmar-se”, escreveu TESAURO, “que a prática na matéria evoluiu sobretudo no sentido de uma relação entre a *regra geral (interpretação autónoma)* e a *exceção (remissão para o direito nacional)*”⁴⁵. TESAURO propugnava então o que apelidou de “*atenuação do alcance das condições de forma*” impostas pela regra de jurisdição sobre os pactos jurisdicionais, vendo antecedentes na relevância previamente atribuída pelo Tribunal a *presunções lógicas*⁴⁶, a *comportamentos concludentes*⁴⁷ e, mais importante para ao caso, à “*diligência normal*”, por referência a “*cláusulas em que a parte interessada teria podido ou devido conhecer agindo com diligência normal, ou de usos que devia ou poderia conhecer, etc.*”⁴⁸. A comprovação disso mesmo, isto é, de um *caminho no sentido da atenuação formal*, seria a evolução legislativa então operada com a nova redação do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas, após a Convenção de Adesão de 1978, em que pela primeira vez se insere a referência aos *usos do comércio internacional* em termos semelhantes aos que hoje constam do artigo 25.º, n.º 1, c), de Bruxelas Ia.⁴⁹ Mas será de questionar, com JAYME e KOHLER, e adiantando a crítica, se afinal a *não manutenção*, em bom rigor, de um verdadeiro critério de “*efetivo consentimento*” das partes — pelo contrário, a criação de

⁴⁵ TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauo no caso Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, C-214/89 (1991.11.20), n.º 3, p. I-1758 (sublinhámos em texto).

⁴⁶ “[N]o caso, por exemplo, de uma parte favorecida pela cláusula que se se presume tê-la aceite” — faz-se referência a TJUE, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG et al. v. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, C-201/82 (1983.07.14).

⁴⁷ “[P]or exemplo, no caso de não contestação da confirmação escrita emanada da outra parte, ou bem da aceitação da prestação prevista como contrapartida de uma cláusula de prorrogação da competência favorável à outra parte” — cita-se, muito embora a expressão “comportamentos concludentes”, conforme usada por TESAURO, não possa aí ser literalmente encontrada, TJUE, *SpA Iveco Fiat v. Van Hool NV*, C-313/85 (1986.11.11), n.º 9 e *passim*.

⁴⁸ TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesauo (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., p. I-1760: citam-se agora TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit.; TJUE, *Partenreederei Ms Tilly Russ e Ernest Russ v. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova e NV Goeminne Hout*, 71/83 (1984.06.19); e TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit..

⁴⁹ TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesauo (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 6, p. I-1760.

uma ficção *de conhecimento e de consentimento*⁵⁰ — não terão levado o Tribunal de Justiça a pagar um preço, na refeitura dos requisitos de validade formal, que é de duvidar fosse justificado: tal como quanto aos *usos do comércio internacional*, também a este nível estaríamos perante matéria a ser justamente objeto de intervenção das Partes Contratantes (hoje das instituições europeias), modificando o texto normativo⁵¹; e não de uma interpretação (excessivamente) criativa do tribunal europeu.

Em acréscimo, esse "relaxamento" das condições de forma não é, de todo, compatível com a elevada importância do pacto de jurisdição no que respeita à configuração da tutela jurisdicional dos direitos dos particulares e à concomitante autorização às partes para *livremente* escolherem um foro objetivamente conexado ou não com a relação material, conforme a própria jurisprudência ulterior do Tribunal de Justiça da União Europeia não esqueceu — sobretudo quando esse relaxamento chegue a um ponto que, inelutavelmente, faça perigar a própria existência de um real e efetivo consentimento⁵².

Perguntar-se-á: o *mero acesso a* (ou *a publicidade de*) uma cláusula que vincula o comportamento eventual futuro de um sujeito (enquanto sócio), ainda que se concedesse permitir *supor o seu efetivo conhecimento* — na base de uma ideia de que não pode

⁵⁰ Falando em *ficção de conhecimento (Fiktion der Kenntnis)* acoplada a uma *ficção de consentimento (Fiktion der Zustimmung)*, ERIK JAYME / CHRISTIAN KOHLER, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht", in *IPrax*, Heft 6, 1992, p. 351. Frontalmente contra estes termos, v. JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht – Die internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen Gesellschafter und Gesellschaftsorgane vor und in der Insolvenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 451.

⁵¹ ERIK JAYME / CHRISTIAN KOHLER, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht", cit., p. 351.

⁵² V. a propósito TJUE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v. Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95 (1997.02.20), n.º 34 ("Assim, no caso de um pacto dessa natureza [atributivo de jurisdição], não só não havia qualquer nexo de ligação directa entre o litígio e o tribunal designado para dele conhecer, mas haveria também um desvio ao artigo 17.º [da Convenção de Bruxelas] que, embora introduza uma competência exclusiva abstraindo de qualquer elemento objectivo de conexão entre a relação controvertida e o tribunal designado (...) exige, *precisamente por essa razão*, que sejam respeitadas as condições de formas *estritas* aí mencionadas." (sublinhados nossos). Cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", in *Timētikos tomos Mich. P. Stathopulu*, I, Sakkulas, Athēna, 2010, p. 179.

aproveitar-se esse desconhecimento para assim introduzir no grémio social um espaço de *insegurança jurídica* ligado à indesejável "*multiplicação de competências*" no que toca à mesma relação social⁵³ — esse *mero acesso*, dizíamos, poderá bastar para legitimamente ficcionar⁵⁴ um *consentimento efetivo na atribuição da jurisdição*?

É altamente duvidoso que assim seja, na ausência de meios protetores contra os efeitos perniciosos de uma tal ficção; motivo por que, podemos adiantar, uma interpretação que se nos afigura mais judiciosa de uma tal norma, bem como das suas sucessoras no direito derivado europeu — o artigo 23.º de Bruxelas I e o artigo 25.º de Bruxelas Ia—, *não pode deixar de reconhecer o inelutável espaço do direito das sociedades nacional* — não, bem entendido, como forma de encoberto contorno à prescrição normativa de direito da União Europeia em análise, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁵, mas sim como forma de lhe dar *um sentido coerente com a interação desejada e normativamente exigível* entre as normas societárias e jurisdicionais, e entre as normas de direito *nacional e europeu*. Só deste modo respeitamos e potenciamos a *integridade*, no sentido dworkiniano⁵⁶, deste(s) sistema(s) jurídico(s).

⁵³ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 20.

⁵⁴ V. *supra*, n. 50.

⁵⁵ V. a propósito as palavras de TESAURO: "Tal remissão para o direito nacional aplicável, nos termos indicados, parece-nos indispensável para verificar se a vontade social se formou validamente (sendo diferentes nos vários Estados-membros as disposições que regulam a sua formação e, em especial, as maiorias exigidas) e, ao mesmo tempo, para determinar especificamente os seus limites. Com efeito, não é necessário sublinhar que essa remissão não pode contudo permitir que os Estados contratantes exijam condições de forma diversas e que vão para além das previstas no artigo 17.º tal como o mesmo é interpretado no presente processo." TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 11, p. I-1765. GAUDEMET-TALLON identifica a substituição, no pensamento de TESAURO e implicitamente também no raciocínio do Tribunal, da vontade individual normalmente exigida pelo art. 17.º da Convenção de Bruxelas por esta *vontade social* do conjunto dos acionistas, manifestada nos estatutos: HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Du 10 mars 1992... (*Powell Duffryn*: Anotação)", cit., p. 536.

⁵⁶ V. RONALD DWORKIN, *Law's empire*, cit., pp. 176 ss..

3. A posição crítica de alguma doutrina

Vejamos de que modo alguma doutrina europeia nos dá sustentação para as asserções que fomos adiantando e desenvolveremos.

JAYME e KOHLER fazem uma breve, mas muito incisiva, decifração deste aresto: para os Autores, o Tribunal de Justiça empenhou-se visivelmente em formular uma regra especial para as cláusulas de escolha de foro inseridas em estatutos de sociedades, por motivos de *praticabilidade*⁵⁷; para o efeito faltava todavia, diferentemente do que sucede em matéria de *trusts*⁵⁸, qualquer indicação textual no artigo 17.º. Por esse motivo, o Tribunal teve que se debater com a sua própria jurisprudência anterior, de onde retira que os elementos essenciais para que um acordo de escolha de foro produza os seus efeitos, em particular a existência de “*efetivo consentimento*” das partes, não de ser aferidos a partir do próprio artigo 17.º, não havendo aí qualquer papel a desempenhar pelo contrato a que a dita cláusula jurisdicional está materialmente ligada. Ora: se às cláusulas de escolha de foro inseridas em estatutos de sociedades se aplicam as normas jurídicas de direito das sociedades nacionais, então, o conceito de *acordo* ou *pacto* do artigo 17.º é, ao fim e ao cabo, *re-nacionalizado*, e os *dicta* do Tribunal sobre a interpretação autónoma não passam de palavras vãs⁵⁹.

Por seu turno, KROPHOLLER e VON HEIN, após descrição desta jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁰, concluem que o Tribunal acaba por, quando se trate de estatutos

⁵⁷ A dita "praticabilidade", aliás, apresenta-se cada vez mais como um valor em si mesmo no direito processual civil internacional, sobretudo após a perda de importância de teorias que conceitualmente derivam resultados de uma natureza jurídico-pública do direito processual: HARTMUT LINKE, *Internationales Zivilprozeßrecht — Leitfaden für Verfahren mit Auslandsbezug*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001, Rn. 37 (pp. 15-16).

⁵⁸ Cfr. o art. 25.º, n.º 4, de Bruxelas Ia, correspondente ao art. 17.º, 4.º parágrafo, da Convenção de Bruxelas, então em vigor.

⁵⁹ ERIK JAYME / CHRISTIAN KOHLER, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht", cit., p. 351.

⁶⁰ Secundada por decisão de um tribunal de Munique, a que nos referimos brevemente em texto: *infra*, pp. 59 ss..

sociais, evitar que haja lugar a uma “*precisa subsunção aos pressupostos particulares do artigo 23.º*”, por contraste com as considerações gerais sobre a indispensável necessidade de uma “*convenção*” no art. 23.º, n.º 1, Bruxelas I. O que demonstra, escrevem ainda os Autores, como o Tribunal se conduziu pelo sentido ou teleologia dos *requisitos de forma* — a saber, a proteção das partes contra convenções jurisdicionais-*surpresa* —, com o fito de assim obter um resultado “*praticável*”⁶¹.

Também GAUDEMET-TALLON parte, na colocação das suas marcadas dúvidas sobre a bondade desta jurisprudência, daquilo que identifica como um assinalável afastamento do “*fundamento consensual sobre que repousa o artigo 17*”⁶². O intuito subjacente a *Powell Duffryn* será o de aceitar que nos “*contentemos com um consentimento tácito, até mesmo um consentimento presumido*”, de modo a evitar entraves ao comércio internacional e à vida dos negócios sob a forma de condições demasiado rígidas quanto ao consentimento das partes. Isto significa que está aqui presente uma aproximação do acionista a um operador do comércio internacional: é suposto o acionista conhecer a cláusula que figura nos estatutos, tal como é suposto o operador do comércio internacional conhecer as condições gerais de venda da contraparte com que estabelece relações comerciais correntes, ou as práticas habituais em vigor no ramo de negócio em que se insere⁶³. Mas a questão é: justifica-se esta equiparação de tratamento? A Autora introduz aqui a dicotomia *acionista empresário* e *acionista investidor*⁶⁴: ao passo que em relação aos primeiros, pelo seu expectável activismo na

⁶¹ JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht — Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 39 (pp. 428-429).

⁶² HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Du 10 mars 1992... (*Powell Duffryn*: Anotação)", cit., p. 537.

⁶³ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Du 10 mars 1992... (*Powell Duffryn*: Anotação)", cit., p. 538.

⁶⁴ Ou, se quisermos, "sócio empresário" e "sócio não empresário": v. p. ex. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", in *Scientia Iuridica*, LXI (n.º 329), 2012, p. 225. Para uma outra relevância dessa dicotomia no direito das sociedades português, veja-se a discussão sobre a extensão do regime quotista dos suprimentos a determinados acionistas de sociedades anónimas: por todos ALEXANDRE MOTA PINTO, "Artigo 243.º — Contrato de suprimimento", in JORGE M. COUTINHO DE

vida societária, o arrazoado do Tribunal de Justiça colhe, já o mesmo se não poderá dizer quando divisamos os segundos, que usam a aquisição de participações sociais como meio de aplicação de poupanças, desconhecendo frequentemente os estatutos e até porventura o modo (e o direito) de lhes aceder, o que os assemelha mais a consumidores do que a verdadeiros operadores económicos⁶⁵. Ora: uma tal desproteção deste “*acionista de base*”, como lhe chama mais literalmente a Autora, faria com que ele se colocasse numa franja de “*partes mais fracas*” que, ao contrário do consumidor, do trabalhador ou do segurado, tomador do seguro ou dele beneficiário, não gozaria de uma proteção adequada. E, se concede que é difícil estabelecer uma delimitação segura entre estes dois tipos de acionistas, não deixa de sublinhar que a solução aparentemente justa para os primeiros não é judiciosamente extensível também aos segundos. Pelo que, para a Autora, um critério propugnável passaria por aceitar a oponibilidade, ao acionista, da cláusula jurisdicional estatutária apenas “*se for feita prova pela sociedade demandante de que aquele dela teve verdadeiramente conhecimento*”⁶⁶. Nesse caso ela vinculá-lo-ia: não importa em que sentido tenha votado, porquanto mesmo que o seu voto haja sido desfavorável, “*ele sabe que numa sociedade as decisões tomadas pela maioria impõem-se à minoria*”⁶⁷. Pelo contrário, se tal prova não fosse feita, o artigo 17.º não se aplicaria, de tal modo que toda a cláusula atributiva de competência internacional constante de estatutos sociais “*não pudesse ser considerada como uma cláusula do artigo 17.º a não ser que se faça prova de que o acionista dela teve, efetivamente, conhecimento*”. As consequências práticas de uma tal solução não parecem conduzir a uma qualquer

ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, anot. n.º 3.2., com referências.

⁶⁵ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, "Du 10 mars 1992... (*Powell Duffryn*: Anotação)", cit., p. 538.

⁶⁶ *Id.*, p. 539.

⁶⁷ *Id.*, *ibid.*, prosseguindo GAUDEMET-TALLON (ainda na p. 539): “*Se ele quiser subtrair-se ao império da cláusula, ele deverá sair da sociedade*”. Esta última asserção é profundamente discutível: não se pode dar aqui por à partida assente, sempre e em todo o caso, que o único expediente a reconhecer ao sócio, discordante da conformação estatutária do acesso à tutela jurisdicional dos direitos em que se desentranha a socialidade, seja o seu abandono. V. *infra*, pp. 370 ss..

“multiplicação desastrosa” de foros competentes, diz-nos a Autora, e portanto não põe em causa o afirmado propósito do Tribunal de Justiça: por um lado, quando a sociedade seja a *demandada*, o seu domicílio prevalecerá (art. 2.º); por outro lado, sempre em respeito pelo espírito do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas (no sentido de que a cláusula estatutária só respeitará o “consenso” exigível quando se faça ao menos prova do seu real conhecimento), quando a sociedade seja demandante, e na falta desta prova, o risco de uma multiplicidade de *fora* competentes estaria na prática limitado através dos mecanismos ordinários providos pela Convenção, e hoje pelo Regulamento Bruxelas Ia, nomeadamente nos artigos 7.º, n.º 1 (será o domicílio da sociedade o *lugar de cumprimento* de grande parte das obrigações dos acionistas), 8.º, n.º 1 (existe nexos entre os pedidos tão estreito que se permite a ação sobre todos os demandados num só foro para evitar soluções inconciliáveis) ou 30.º de Bruxelas Ia (conexão de ações e a possibilidade da sua apensação).⁶⁸

Já se vê por esta amostra — breve, mas subidamente autorizada — que não partimos sem base de apoio na crítica a esta jurisprudência⁶⁹.

⁶⁸ *Id.*, p. 540 (naturalmente, os artigos aí citados são os da Convenção de Bruxelas: respetivamente arts. 5.º, n.º 1, 6.º, n.º 1 e 22.º).

⁶⁹ Diferentemente, em concordância mais ou menos completa com o aresto ou no mínimo com a solução aí encontrada para o caso, e entre outros a quem também voltaremos: JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., pp. 450-453 (entendendo que apesar das insuficiências dogmáticas o acórdão convence no resultado); PHILIPP BAUER, *Die internationale Zuständigkeit bei gesellschaftsrechtlichen Klagen unter besonderer Berücksichtigung des EugVÜ*, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 2000, p. 163 (“as relações especiais que se estabelecem nas grandes sociedades abertas exigem uma interpretação generosa do artigo 17.º.”); citando o dispositivo do acórdão sem menção de discordância, v. JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 26 (p. 421); sem grande desenvolvimento mas em toda a linha subscrevendo a jurisprudência citada, PETER KINDLER, “Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht”, cit., Rn. 610.

4. O assumido desinteresse pela problemática jurídico-societária envolvida

Tal como em *Powell Duffryn*, é frequente encontrar-se uma desvalorização dos aspectos jussocietários necessariamente envolvidos na análise de cláusulas jurisdicionais inseridas em estatutos de sociedades, mesmo quando se identificam as dificuldades. Nesse particular, as conclusões do Advogado-Geral TESAURO são um bom exemplo. Veja-se o seguinte passo, que porventura fará o societarista franzir a testa em face da simplificação operada, isto é, da *fuga* à complexidade *jurídico-material* da questão — tanto mais que o cerne do problema identificado (a “*dicotomia contratual-institucional*”) é um ponto dogmaticamente complexo, ao qual nem sempre sequer os societaristas recorrem para daí retirar subsídios interpretativos para o direito positivo, dada a contínua discussão doutrinária que o permeia⁷⁰:

*A dicotomia contratual-institucional, quanto à qualificação da relação social, parece-nos em suma, e para efeito da solução do problema em exame, sobretudo teórica e de qualquer modo de somenos importância. O que importa, em nossa opinião, é sobretudo que, independentemente da concepção adoptada e do debate doutrinal na matéria, na base da noção de sociedade está presente uma manifestação de vontade negocial, que se concretiza no acto constitutivo da sociedade, de que os estatutos são parte integrante, e que cria deste modo vínculos estreitos entre os accionistas e entre estes e a sociedade, vínculos que encontram nos estatutos a sua mais ampla e definitiva consagração e que, essencialmente, são de qualquer modo, no que diz respeito aos seus efeitos e para o que aqui nos interessa, pelo menos assimiláveis aos do tipo contratual.*⁷¹

⁷⁰ Vide referências, por todos, em JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial — Das Sociedades*, Volume II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 264 ss..

⁷¹ TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesauro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 4, p. I-1758.

Certo: em função da questão jurídica a resolver, podem desenvolver-se *standards próprios* de maneira que, tal como por exemplo o significado de *empresa* varia consoante falemos no quadro do direito das sociedades, do trabalho, da concorrência, *etc.*, também a “*relação social*” tem cambiantes diversas consoante dela partamos para solucionar um problema jussocietário, em que a *lex societatis* é rainha, ou antes um problema *processual-jurisdicional*, em que poderá desenvolver-se um standard próprio, digamos, *para propósitos jurisdicionais* (“*for jurisdictional purposes*”)⁷².

Mas, e em crítica a uma radical desvalorização das regras societárias a este nível, como a (consciente ou inconscientemente) ínsita no passo citado, bem como no próprio acórdão *Powell Duffryn*, basta para já recordar que o ato constitutivo⁷³ pode *não* ser contratual (por exemplo, a sociedade comercial pode ser constituída por ato legislativo); ou que é no mínimo sujeitável a discussão o postulado de que os estatutos são “parte integrante” do ato constitutivo, sobretudo se daí se pretender inferir o seu carácter puramente *contratual* (e portanto de ato jurídico *voluntário*), na medida em que aqueles podem ser objeto de modificações *contra a vontade* do sócio (vencido, ou ausente, na deliberação social de alteração).

De todo o modo, aceite-se, em algum abono da aparente simplificação acima operada, a lembrança de que ela serve um propósito anunciado e bem definido: o de saber se, para efeitos da regra jurisdicional em análise, a cláusula atributiva de jurisdição

⁷² Nesta ideia se funda muito do que se encontra escrito no direito jurisdicional dos EUA sobre problemas de cariz, ou origem, jussocietária, que depois vertem efeitos sobre a jurisdição: v. p. ex. LEA BRILMAYER / KATHLEEN PAISLEY, "Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations: Corporations, Conspiracies, and Agency", in *Calif. L. Rev.*, 74, 1986 (entre outros: "*a court might be required to justify treating a party differently for jurisdictional purposes than for local substantive purposes*", pp. 32-33), ou GARY B. BORN / PETER B. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States courts*, 5th ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2011 (estudando os "*agency standards for jurisdictional purposes*", p. 190, no quadro da determinação da competência internacional com base em relações de *agency* (sobre a abrangência desta noção no direito inglês e estadunidense, por contraponto à mais restrita *agência* de direito português, aliás na tradição europeia-continental, v. por todos entre nós MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, cit., esp. pp. 229 ss.)).

⁷³ Ou *institutivo*, se preferirmos, com RUI PINTO DUARTE, "(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades", in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 11, *passim*.

estatutária é uma “convenção entre as partes” que caiba na acepção do art. 17.º da Convenção de Bruxelas. Tal circunstância é muito relevante para o juízo que se faça sobre o discurso de TESAURO e o próprio acórdão: com efeito, não se procura aí resolver (sequer abordar com mínimo pormenor) a “*natureza das relações sociais*” com base num “*exame comparativo dos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros*”⁷⁴, que, aí se diz, serviria de pouco. Antes se pretende superar uma dificuldade prévia, que é a da qualificação da cláusula estatutária como “*convenção entre as partes*” para efeitos *jurisdicionais* — ainda que, retomando a citação de há pouco, os efeitos estatutários não sejam puramente contratuais, mas sim (e apenas) “*pelo menos assimiláveis aos do tipo contratual*”. Mas, diga-se também, após essa superação poderia e deveria cotejar-se a concreta cláusula estatutária com as regras que constam da Convenção, em face das quais, aí sim, se poderia ter procedido a um mais atento exame da sua compatibilidade com a prossecução dos objetivos na base das formalidades exigidas — mormente, a citada *garantia da existência efetiva de consentimento das partes*⁷⁵. Se é verdade que a noção autónoma de consentimento que supostamente fica sujeita ao império do artigo 25.º de Bruxelas Ia, e não a uma qualquer *lex (societatis)* nacional; se é outrossim verdade que esse artigo 25.º se ancora na garantia do efetivo consentimento das partes; não deixa de ser válida a proposição de que *normas jurídico-materiais de direito das sociedades*, que digam respeito à validade e vinculatividade dos estatutos e aos efeitos das suas modificações, *mesmo que se dirijam teleologicamente* a algo próximo de uma garantia do consentimento do sócio para sua proteção jurídica contra deliberações da assembleia que lhe sejam prejudiciais, *não perdem — não podem perder — necessariamente vigência ou aplicabilidade* por mero efeito de uma eventual *coincidência de sentido* com as *rationes* subjacentes ao artigo 25.º de Bruxelas Ia. Isto é, sendo verdade que o aludido preceito não

⁷⁴ A que se refere o Advogado-Geral TESAURO nas suas conclusões: TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 3, p. I-1758.

⁷⁵ TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 722; v. tb. TJUE, *Galerias Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 736; TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 6, p. I-1760.

pode ser *contornado* através do expediente do recurso a normas do direito material nacional de sinal contrário àquele a que ele aponta, na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal de Justiça, não menos certo é que a normação jurídico-nacional não está sem mais derogada: há, sim, que *testar se a sua aplicação não é prejudicada*. Isso mesmo, aliás, o Tribunal de Justiça é levado a aceitar pela sua constante remissão, em *Powell Duffryn*, para a “conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos”⁷⁶.

Claro que, e em acrescido abonamento do que se decidiu em *Powell Duffryn*, estas são lucubrações para que o Tribunal de Justiça da União Europeia não é, em rigor, a entidade mais bem colocada: antes deve a doutrina europeia contribuir, com o seu labor, para a criação de um quadro dogmático que permita ao Tribunal, por um lado, estar ciente da internormatividade que caracteriza também os conflitos de jurisdições (neste caso pondo em contacto exigências normativas de tipo jurídico-societário e processual-jurisdicional), e que deve pois presidir à interpretação das normas que o regulam, e, por outro lado, ter uma base científico-jurídica de apoio para os arrazoados sobre que o Tribunal, com força constitutiva, faz alicerçar os seus acórdãos.

5. Um exemplo na jurisprudência de tribunais nacionais: o acórdão do «Landgericht» de Munique de 13 de abril de 2006

Um exemplo de que a laboração doutrinal e, neste caso, jurisprudencial sobre as cláusulas jurisdicionais estatutárias não perdeu relevo, e também de como ela depende concomitantemente de aspectos *conflituais* e *materiais* de direito das sociedades, é de encontrar num interessante acórdão germânico de 2006, que navega de novo nas águas de

⁷⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 27.

Powell Duffryn. Em concreto, o *Landgericht* de Munique⁷⁷ debruçou-se sobre uma alteração estatutária em que se introduziu uma consagração expressa do dever de lealdade *entre os acionistas*⁷⁸ e, além disso, uma cláusula de escolha do foro alemão para uma série de litígios societários. O teor literal das cláusulas, numa tradução nossa, seria:

(1) Todo o acionista está vinculado perante os demais acionistas, por força da socialidade, a tomar em consideração os interesses destes, também no quadro de litígios com a sociedade.

*(2) Para todos os litígios com a sociedade ou os seus órgãos, que resultem das relações sociais, são exclusivamente competentes os tribunais alemães, na medida em que tal não contrarie prescrições legais imperativas vigentes na Alemanha, em especial prescrições sobre competência; nisto consente o acionista através da aquisição ou subscrição das ações. O primeiro período vale também para os litígios dos acionistas contra a sociedade que resultem da aquisição, detenção ou cessão da participação social do acionista.*⁷⁹

Quanto a (1), tratava-se de consagrar em letra de forma os desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários alemães no sentido de que o dever de lealdade se estende às relações entre sócios, de tal modo que o acionista deve “*exercer os seus poderes sobre a administração e de controlo sob uma adequada tomada em consideração dos interesses, relacionados com a sociedade, dos outros acionistas*”⁸⁰. Isso mesmo resultou

⁷⁷ LG München I, 5HK O 4326/05, MittBayNot 2007 142-147 (2006.04.13).

⁷⁸ Sobre este dever também “entre os sócios”, v. por todos, entre nós, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., pp. 286 ss.

⁷⁹ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 142: a transcrição é precedida, na mesma página, da proposta originariamente apresentada aquando da convocação da assembleia, bem como uma outra submetida por um acionista, que influenciou a proposta reformulada da direção: a primeira indicava como tribunal escolhido, diferentemente das seguintes, o “foro comum da sociedade” (“(...) *dem ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft*”). O tribunal comenta, a dado passo, que a alteração estatutária aprovada se confina à regulamentação da competência *internacional* dos tribunais alemães, enquanto a primeira proposta também lidava com a competência *territorial* ao remeter para a “sede da sociedade”: cfr. p. 144.

⁸⁰ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 145.

da resposta às questões colocadas por acionistas, pedindo informação sobre o que mais precisamente seria de entender por “*adequada tomada em consideração dos interesses dos outros acionistas*”⁸¹, o que mereceu uma resposta circunstanciada transcrita no acórdão⁸². Após dar conta do reconhecimento amplo, na jurisprudência e doutrina, de um *dever de lealdade* entre acionistas, o tribunal afirmou não haver razões para sustentar uma violação da *Satzungsstrenge* do § 23 (5) AktG: se é certo que a “*adequada tomada em consideração*” nos refere à primeira vista para um conceito indeterminado (*unbestimmter Rechtsbegriff*), a *determinação (Bestimmtheit)* exigida à cláusula estatutária não é posta em causa só por isso que uma tal sorte de conceitos é utilizada. Antes há de aceitar-se,

⁸¹ Perguntou-se ainda, em assembleia geral, que membros da direção ou do conselho geral teriam feito esta proposta de alteração dos estatutos, o que mereceu a resposta de que se teria tratado de uma “iniciativa conjunta” da direção e do conselho geral, e ainda que a proposta conjunta foi objeto de discussão durante meses: LG München I, 2006.04.13, cit., p. 143.

⁸² V. LG München I, 2006.04.13, cit., pp. 142-143. Entre várias considerações, afirma-se aí, em resposta à questão, começando com assinaláveis cautelas, que a formulação segue de perto a jurisprudência; e se, de facto, o conceito é carecido de *interpretação (auslegungsbedürftig)* e implica uma *ponderação (Abwägung)*, é do entendimento da direção que “um acionista objetivo vai tomar em conta, nas suas decisões, os interesses dos demais acionistas”, o que “em regra” significará haver a exigida “adequação”, sobre a qual a direção discorre ainda, conforme documenta a ata da reunião da assembleia geral: “O conceito de adequação (*Angemessenheit*) não tem conteúdo unitário para todos os casos. O que em concreto será adequado determina-se antes através de uma ponderação dos interesses em presença, portanto dos interesses do acionista em questão e os dos seus co-acionistas, no caso concreto” (o tribunal concordará com a suficiência destas explicações, pela impossibilidade de se criar um quadro mais claro e válido para todo e qualquer caso concreto, justamente pelo carácter *indeterminado* do conceito: v. p. 144). Continua a direção: “Trata-se de um princípio fundamental do direito das sociedades por ações: os proprietários (*Eigentümer*) juntam-se para atingir um objetivo empresarial comum. O valor das suas participações será assim determinado através do valor da sociedade e os interesses da sociedade são coincidentes (*deckungsgleich*) com os dos proprietários. Não há qualquer diferença entre interesses dos acionistas e interesses da sociedade. Todos os acionistas têm idênticos direitos; nenhum acionista pode enriquecer-se à custa dos outros ou da empresa, ou prosseguir interesses particulares sem consideração (*rücksichtslos*) pelos demais. Como exemplo enumeramos os litígios com a sociedade. Com a nova regra estatutária queremos tornar este princípio mais transparente, em especial para os nossos proprietários estrangeiros. Se este princípio for desatendido, a lei geral determina as consequências, p. ex. a questão da constituição de um dever de indemnizar. Tal não podemos, nem queremos, modificar através de uma regra estatutária”; “Não queríamos, com a nossa proposta inicial, limitar ou ameaçar os nossos acionistas. Nós queríamos apenas trabalhar um aspeto generalizadamente reconhecido do edifício societário de um modo mais claro, em especial para os nossos acionistas estrangeiros. Este aspeto é cognominado ‘dever de lealdade’ (*Treupflicht*) pela jurisprudência, mas também achamos este conceito infeliz. No fundo trata-se da tomada em consideração dos interesses dos co-acionistas, daí o modo como epigrafámos a nossa proposta.” — o § 3 dos estatutos, em questão, tem a epígrafe: “*Aktionärsinteresse, Gerichtsstand*” (“Interesses dos acionistas, competência”). LG München I, 2006.04.13, cit., pp. 142-143.

conclui o tribunal germânico, que o emprego dos mesmos “*em estatutos de uma sociedade por ações enquanto contrato obrigacional e de organização, que com a constituição da sociedade vale também perante novos acionistas, e que assim se aproxima da função de direito objetivo, é permitido*”. Nada aí se adianta, muito embora concedamos que o ensejo não fosse talvez o mais apropriado, quanto à *identificação das características dessa cláusula*, que, enquanto parte dos estatutos, se assimila à dita “*função de direito objetivo*”. De todo o modo, a circunstância de se tratar de uma afirmação quase só *narrativa*⁸³ a constar dos estatutos, que não é uma originalidade criadora mas sim imposição jurídico-societária devidamente densificada pelos tribunais superiores alemães, inviabilizou, aos olhos do tribunal, o dito argumento da *indeterminação do dever*⁸⁴.

Quanto a (2), a prorrogação de competência em favor dos tribunais alemães, o *Landgericht* de Munique considera-a plenamente eficaz. Para citarmos o alinhamento feito pelo tribunal: “*Não há violação das prescrições do Regulamento Bruxelas I, nem das competentes disposições da ZPO, nem ainda do princípio da igualdade de tratamento do direito das sociedades por ações*”⁸⁵.

Começando por Bruxelas I, não encontra o tribunal alemão qualquer violação do artigo 23.º, n.º 1, Bruxelas I, que considera plenamente aplicável em virtude de aqui identificar uma *convenção* no sentido dessa norma. E para ter um tal carácter, sublinha, temos de estar perante uma cláusula conforme ao direito nacional, sendo aqui decisivas as considerações expendidas já em *Powell Duffryn* e aqui recebidas e transcritas, nomeadamente que “*a constituição de uma sociedade dá expressão à ideia de que existe entre os acionistas uma comunidade de interesses no sentido da prossecução de um objetivo comum*”, sendo para o efeito atribuídos a cada acionista “*direitos e obrigações*”

⁸³ Dizemos nós, usando a expressão cunhada por ERIK JAYME, *Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübinger Universitätsreden / Neue Folge, Band 10 / Reihe der Juristischen Fakultät, Band 5, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Tübingen, 1993, pp. 16 ss..

⁸⁴ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 145.

⁸⁵ *Id.*, *ibid.*.

que encontram a sua expressão nos estatutos da sociedade”, de onde por fim decorre que, numa *interpretação autónoma* para os efeitos jurisdicionais em questão, “os estatutos da sociedade devem ser considerados um contrato que regula simultaneamente as relações entre os acionistas e as relações entre estes e a sociedade”⁸⁶.

Quanto aos *requisitos formais*, de redução a escrito (hoje no artigo 25.º, n.º 1, a), Bruxelas Ia), o *Landgericht* de Munique reporta-se novamente ao acórdão do tribunal do Luxemburgo, quando este dá por suficiente para o seu preenchimento a inclusão da cláusula nos estatutos, acompanhada do depósito destes “num lugar a que o acionista tem acesso” ou num “registro público”⁸⁷: bastou-lhe lembrar que os estatutos de sociedades por ações alemãs são acessíveis através do registro comercial, justamente um registro que é público⁸⁸. Ora, articulando agora a resposta com as exigências societárias germânicas sobre a inserção de regras nos estatutos sociais, chegamos ao § 23 (5) AktG: o tribunal cita-o com brevidade, apenas para confirmar que “o fundamento da *Satzungsstrenge* não vai contra uma tal regulamentação, porque a lei autoriza este tipo de convenções e estamos assim perante uma disposição complementar no sentido do § 23 (5), 2.º período, AktG”⁸⁹.

Quanto à suficiente determinação da relação jurídica, não se levantaram dúvidas em face do teor literal da cláusula, porque limitada aos litígios “que resultem das relações sociais”, incluindo-se os “que resultem da aquisição, detenção ou cessão da participação social do acionista”. O tribunal faz apelo aos cânones gerais da interpretação (mais uma vez, em total alinhamento com *Powell Duffryn*⁹⁰) e ocupa-se das eventuais dúvidas que

⁸⁶ LG München I, 2006.04.13, cit., pp. 145-146; TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 16.

⁸⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 29.

⁸⁸ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146.

⁸⁹ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146. Cfr., entre a doutrina aí citada, ANDREAS PENTZ, “§ 23 AktG”, in WULFF GOETTE / MATHIAS HABERSACK (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 (§§ 1-75), 3. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2008, Rn. 161.

⁹⁰ V. TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 33: “A questão de saber se, no caso vertente, à cláusula atributiva de jurisdição deve ser atribuído tal alcance [*i.e.*, n.º 32: “litígios surgidos ou a surgir de uma determinada relação jurídica entre a sociedade e os seus accionistas enquanto tais”] é uma *questão de interpretação* que compete ao tribunal nacional resolver” (sublinhámos).

nessa sede interpretativa poderiam surgir no confronto da nova menção estatutária: “*na medida em que tal não contrarie prescrições legais imperativas vigentes na Alemanha, em especial prescrições sobre competência*”. Segundo aquele tribunal estadual, esta não introduz uma qualquer ilícita indeterminação, uma vez que “*as prescrições legais estão assentes e podem ser apreciadas (ermittelt) no caso concreto. A circunstância de que pode eventualmente tornar-se necessário despende algum esforço no exame da competência de um tribunal não é algo de extraordinário, dado que as questões de dúvida sobre a competência dos tribunais são uma constante, que porém pode ser resolvida por interpretação da lei*”⁹¹. Por fim, tão-pouco viola a suficiente determinação legalmente exigida a inclusão dos litígios “*que resultem da aquisição, detenção ou cessão da participação social do acionista*”: “*a ação do acionista constitui neste contexto uma controvérsia resultante da relação jurídica entre ele e a sociedade. Há uma conexão com o vínculo jurídico-societário quando se trata de litígios dos acionistas contra a sociedade, derivados da aquisição, detenção ou cessão da participação social*”⁹².

Mais breve é a passagem do *Landgericht* de Munique pelas “*competentes disposições da ZPO*”, destinada a avaliar a existência de desconformidades com o direito processual nacional (alemão) na eventualidade de não haver elementos de estraneidade (o que obrigaria inelutavelmente ao respeito completo pelas exigências dessa lei nacional). Para o tribunal, o pacto de jurisdição deverá ser admitido na plena produção dos seus efeitos em termos semelhantes aos que valem para a arbitragem “*não baseada em contrato*”, isto é, aplicando-se correspondentemente o § 1066 ZPO, à semelhança do que outra doutrina e jurisprudência germânicas, respetivamente, já propuseram e decidiram⁹³.

⁹¹ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146.

⁹² *Id.*, *ibid.*.

⁹³ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146; v. *infra*, p. 297.

Por fim se dedica o tribunal a confirmar a não violação do *princípio da igualdade de tratamento dos acionistas*, inscrito no § 53a AktG⁹⁴. Rapidamente conclui, com apoio aliás no que escreve MÜLBERT⁹⁵, que essa violação não existe no caso, uma vez que, após o registo comercial da alteração estatutária, os direitos sociais de todos os acionistas se modificaram *do mesmo modo (gleichermaßen)*⁹⁶. O tribunal pondera ainda, com interesse, se o domicílio de um acionista em outro Estado que não a Alemanha, ou mesmo fora do espaço da União Europeia, o colocaria numa situação *desigualmente* desfavorável em face dos demais: conclui, não obstante, que as circunstâncias materialmente conducentes a uma desigualdade juridicamente relevante têm que estar *“inscritas na socialidade” (in der Mitgliedschaft angelegt sein)*, pelo que não pode para o efeito relevar o facto de que uma medida, embora direcionada *igualmente* a todos os acionistas, os atinge *desigualmente*, em virtude de determinadas *“circunstâncias pessoais, privadas”*. Exemplos são o *“domicílio, bem como a nacionalidade”*, que serão independentes das relações jurídico-societárias e deste modo assimiláveis à *“esfera pessoal do acionista”*⁹⁷.

⁹⁴ À semelhança do que sucede na lei portuguesa, com afloramentos no CVM (com relevo especial em contextos de OPA) e no CSC (cfr. o art. 321.º, a propósito da aquisição e alienação de ações próprias): v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, "A igualdade de tratamento dos accionistas na OPA", in *DSR*, vol. 3, 2010, com indicações doutrinárias e jurisprudenciais portuguesas (p. 90, n. 10).

⁹⁵ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 354-355, a propósito da compatibilidade da introdução superveniente de pacto de jurisdição nos estatutos com esse princípio.

⁹⁶ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 354; LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146.

⁹⁷ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 146, ponto em que o *Landgericht München* faz uma alusão digna de registo ao direito dos conflitos de jurisdições *estadunidense*, com vista a rechaçar argumentos de que uma semelhante cláusula de escolha de foro, alegadamente, não seria reconhecida por tribunal daquela federação: pelo contrário, não seria de menosprezar o facto de que o princípio regente é, também ali, o da aceitação dos pactos atributivos de jurisdição, a não ser que se mostrasse a *“unreasonableness”* do foro escolhido — trata-se aqui de menção, ainda que por via de doutrina germânica (a saber, FRANK OCHSENFELD, "Zuständigkeitsvereinbarungen im amerikanischen Zivilprozeßrecht", in *RIW*, 1995, pp. 633 ss. (em particular, cfr. pp. 636 ss.); ROLF A. SCHÜTZE, "Zum Stand des deutsch-amerikanischen Justizkonfliktes", in *RIW*, 2004, pp. 164-165), ao famoso acórdão do SCOTUS, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972). De todo o modo, a questão, que aparentemente terá sido levantada nos autos, da posição do direito estadunidense em face de um tal pacto de jurisdição, não carecia de resposta para a boa decisão da causa, pelo que o tribunal alemão se absteve de a investigar mais a fundo, não requerendo por isso quaisquer pareceres de peritos nesse direito (LG München I, 2006.04.13, cit., *ibidem*).

Terminada esta análise da cláusula (2) transcrita, que finalmente não se considerou incompatível com as regras de conflitos de jurisdições aplicáveis (Bruxelas I, em particular o seu artigo 23.º), nem com as regras processuais nacionais (convocadas para a hipótese de inexistir estraneidade à ordem jurídica alemã), nem tão-pouco com as regras *materiais* de igualdade de tratamento dos acionistas — no que se divisa já um *upgrade* na seleção das questões juridicamente relevantes, por referência a *Powell Duffryn* (onde apenas pudemos encontrar menções perfunctórias aos problemas jurídico-societários, implícitas na assunção de certos pressupostos da decisão, tais como a “comunidade de interesses” na “prossecução de um objectivo comum” característica do ente societário; ou a irrelevância da posição do concreto sócio, para efeitos da sua vinculação, em face da adoção de cláusula de escolha de foro (nomeadamente, a sua oposição, ou a superveniência da aquisição da qualidade de sócio⁹⁸) —, o *Landgericht* de Munique faz ainda uma consideração que não podemos deixar de recuperar, a propósito dos *poderes de impugnação* de deliberações e a *posição (processual) dos acionistas* em tal contexto. Com efeito, uma questão que acabou por não carecer de resposta do tribunal, em virtude de a sua relevância ter sido prejudicada pela ausência de fundamento material para a impugnação, como acabámos de ver, foi a da aplicação temporal do § 245 (1) AktG, alterada em 2005 pela UMAG⁹⁹, em que passou a exigir-se que o acionista tenha adquirido a sua participação social *antes da publicação da convocatória*, para efeitos de lhe ser reconhecida a faculdade de requerer a anulação das deliberações tomadas na assembleia assim convocada¹⁰⁰, mas que entrou em vigor apenas após a realização da

⁹⁸ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., respetivamente n.ºs 16 e 18.

⁹⁹ Isto é, a *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, de 22.09.2005. V., sobre esta, p. ex., WIENAND MEILICKE / THOMAS HEIDEL, "UMAG: 'Modernisierung' des Aktienrechts durch Beschränkung des Eigentumsschutzes der Aktionäre", in *DB*, 2004, pp. 1479 ss. (ou também FERNANDO JUAN Y MATEU, "La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005", in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2, 2005, pp. 187 ss.).

¹⁰⁰ Como é sabido, no direito português, ao invés, são escassas as limitações ao exercício do direito de impugnar as deliberações: a anulabilidade pode ser arguida "*por qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente*" (art. 59.º, n.º 1, do CSC), sendo que se admite que em "*qualquer sócio*" se abranja também aquele que

aludida assembleia geral¹⁰¹. No caso, era ponto assente que a aquisição tinha tido lugar *após* a convocação (porém, reiteramos, a ação de anulação referia-se a uma deliberação tomada em assembleia geral *anterior* à data da entrada em vigor da nova formulação do § 245 (1) AktG introduzida pela UMAG), mas o tribunal não deixa de sublinhar, em notável *dictum*, que, mesmo perante dúvidas causadas pela ausência de uma disposição transitória, boas razões sempre deporiam em favor da não aplicabilidade do requisito aditado em 2005, à luz da teleologia subjacente à norma¹⁰²: nas palavras do *Landgericht*, “o § 245 (1) AktG não é apenas uma prescrição de direito processual; antes toca, enquanto efetivo instrumento de controlo, na posição jurídico-material do acionista, porquanto o direito de requerer a anulação abre ao acionista a possibilidade de exercer influência sobre a formação da vontade da sociedade por ações”¹⁰³. Aqui vemos bem identificada, em palavras simples e judiciosas, a *fluides* que, ao abordarmos questões ligadas à tutela jurisdicional dos direitos sociais, pode caracterizar os confins entre

apenas ulteriormente adquira, derivadamente, a participação social: cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 167 ss. (o Autor vê na exigência da *qualidade de sócio* também já ao tempo da própria deliberação um erro por “*inércia doutrinária e jurisprudencial*”, com origem no desatendimento da evolução legislativa no sentido da dispensa da necessidade de protesto (v. esp. pp. 167-168); JORGE M. COUTINHO DE ABREU, “Artigo 59.º — Acção de anulação”, in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, anot. n.º 1.1.; contra, JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 732: “por *sócio* tem de entender-se, naturalmente, aquele que já o era, no momento da *deliberação impugnada e conserva esta qualidade ao tempo da impugnação*” (sublinhados no original).

¹⁰¹ UMAG (*Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 60*), art. 1.º, n.º 21, a) (p. 2805); v. ainda o art. 3.º (p. 2808), fixando a data de entrada em vigor do reformulado § 245 AktG em 1 de novembro de 2005, sendo que a reunião da assembleia geral teve lugar a 25 de janeiro do mesmo ano (e, para completar o quadro fáctico, a aquisição pelo acionista demandante deu-se apenas em 13 de janeiro de 2006; cfr. LG München I, 2006.04.13, cit., pp. 142, 147).

¹⁰² E, para o tribunal (v. LG München I, 2006.04.13, cit., p. 147), com arrimo suplementar no Art. 170 EGBGB: segundo essa prescrição, as disposições anteriores ao BGB permanecem aplicáveis “às relações obrigacionais constituídas antes da entrada em vigor do BGB”.

¹⁰³ LG München I, 2006.04.13, cit., p. 147.

processo e substância, com importância evidente para a conformação dessa tutela em face de situações privadas internacionais¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Sobre o tema dessa intersecção, v., em geral e desenvolvidamente, RICHARD GARNETT, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; e, numa particular aplicação, CARL FRIEDRICH NORDMEIER, "Die Bedeutung des anwendbaren Rechts für die Rückwirkung der Zustellung nach § 167 ZPO — Zur Abgrenzung von deutschem Prozessrecht und ausländischem Sachrecht", in *ZZP*, 124, 2011, pp. 95 ss.. Cfr. o clássico texto de WALTER W. COOK, "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", in *Yale L. J.*, vol. 42 (1932-1933), 1933, em que se defendia a tese de que o problema da *divisio* entre substância e processo só pode ser bem resolvido se tivermos em mente o propósito de uma tal distinção (p. 352). Com efeito, pode suceder que a questão da forma processual (ou, diremos também, qualquer aspeto qualificável numa primeira observação como *processual*) não tenha "*meramente que ver com os 'meios de efetivação dos direitos substantivos'*" (p. 350). Nesse caso, estaremos, se não no campo do direito substantivo, ao menos numa "*terra de ninguém*"; e a resposta a este problema de qualificação implicaria "*considerar as razões por que a qualificação foi e é feita*" (p. 351), algo a que os tribunais estadunidenses não estariam a dar a merecida atenção. Ora, COOK desenha oito grupos de casos em que a distinção é tratada; e no oitavo, justamente o do *direito de conflitos*, o propósito de uma tal classificação está em que, pressupondo-se a possibilidade e conveniência de aplicar *in concreto* uma lei material estrangeira, "seria, obviamente, por outro lado, bastante inconveniente para o tribunal do foro, ainda que não injusto para as partes, ter que assumir toda a maquinaria (*to take over all the machinery*) para a 'efetivação', como dizemos, dos 'direitos substantivos'". E, continua, impressivamente (ser fiel à riqueza idiomática da passagem, após tradução, não é, manifestamente, tarefa simples): "*Se admitirmos que o 'substantivo' se esfuma em gradações imperceptíveis até ao 'processual', e que a 'linha' entre eles não 'existe' para ser descoberta meramente pela lógica ou análise, antes tem que ser desenhada de modo a melhor levar-se a cabo o nosso propósito, verificamos que o nosso problema se resolve substancialmente no seguinte: quão longe pode ir o tribunal do foro na aplicação das regras que retira do sistema jurídico estrangeiro sem indevidamente impedir-se ou causar-se inconvenientes?*" — WALTER W. COOK, "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", cit., pp. 343-344. V. ainda, em geral, com amplas indicações comparadas, HUBERT NIEDERLÄNDER, "Materielles Recht und Verfahrensrecht im Internationalen Privatrecht", in *RabelsZ*, 20, 1955, pp. 1 ss.; em particular sobre a subrogação e a substituição processual (*Prozeßstandschaft*), ROLF BIRK, "Die Einklagung fremder Rechte (action oblique, azione surrogatoria, acción subrogatoria) im internationalen Privat- und Prozeßrecht", in *ZZP*, 82., 1969, pp. 70 ss.; HAIMO SCHACK, "Subrogation und Prozeßstandschaft, Ermittlung ausländischen Rechts im einstweiligen Verfügungsverfahren", in *IPrax*, Heft 3, 1995, pp. 158 ss.; e sobre o tema no especial contexto da *actio pro socio*, v. SEBASTIAN MOCK, "Die actio pro socio im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht", in *RabelsZ*, 72, 2008, *maxime* pp. 290 ss..

6. Indicação de sequência

Sobre o pano de fundo do acórdão *Powell Duffryn* e da sua primeira leitura pela doutrina e jurisprudência, no tocante aos pactos de jurisdição relativos a litígios societários e as diversas vicissitudes que os envolvem, podemos já procurar fazer uma primeira estimativa da sistematização dos pontos nucleares por onde, doravante, deverá passar este estudo, e assim fixar algumas balizas no caminho de investigação a ser trilhado.

Parece-nos ir-se delineando a ideia de que, para a boa interpretação do direito europeu dos conflitos de jurisdições, e em particular do artigo 25.º de Bruxelas Ia, quando estamos perante cláusulas de escolha de foro que digam respeito a litígios societários, importa efetivamente estar munido de um rigoroso estudo das implicações que o direito das sociedades tem sobre as possíveis configurações do direito de ação jurisdicional dos sócios, para fazerem valer pretensões nas aludidas matérias. O estudo concatenado destes dois domínios traz dificuldades acrescidas, é certo, mas estamos convictos de que ele comporta virtualidades para a melhor compreensão do fenómeno societário sempre que a sua escala ultrapassa os confins da nossa ordem jurídica — o que, no direito vivo, não deixa de ser crescentemente frequente.

Antes de mais, não poderá deixar-se de estudar, ainda que com inevitável brevidade, a natureza jurídica do pacto de jurisdição (*Capítulo II*). O arrazoado do Tribunal de Justiça em *Powell Duffryn*, com efeito, levanta problemas perante o mais comum entendimento do pacto de jurisdição enquanto *contrato*, pelo que se impõe uma indagação acerca do papel do *consentimento* e da *vontade* na sua celebração. Tendo em mente o regime jurídico que lhe é aplicável em Bruxelas Ia, a insistência na antecedência lógico-normativa da autonomia privada, conforme atuada numa convenção jurisdicional, sobre a ordenação legal de competências que um dado regime jurídico-positivo, temporal

e espacialmente situado, institua, poderá vir a ter a virtualidade de permitir desenhar os traços de fundo de um quadro que defina como ilegítima a alegação da existência, e o exercício, de uma cláusula atributiva de jurisdição, sempre que não haja um mínimo indispensável de correspondência entre o conteúdo de uma tal cláusula e a vontade de uma pessoa — seja essa vontade *real*, ou antes apenas lhe seja *razoavelmente imputável*, em face da posição em que se encontrava de *dever* ou *poder conhecer* o conteúdo da referida cláusula, porque incluída no seio de um instrumento (contratual, estatutário ou outro) que a vincula.

Com esses elementos, empreendemos uma análise dos requisitos gerais de admissibilidade, validade e eficácia de um pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia (*Capítulo III*). Após uma referência aos pressupostos da sua aplicabilidade, bem como ao quadro geral definido com respeito aos limites *externos* e *internos* da vinculação ao pacto de jurisdição, atentaremos naquele caso particular de extensão da vinculação da cláusula, para lá de um estrito consentimento, que para nós mormente releva: o das cláusulas jurisdicionais estatutárias.

Aí chegados, dedicamo-nos em especial aos aspectos mais duvidosos, em razão de que, dadas as suas particularidades, poderão convocar simultaneamente elementos em que na aparência se conjugam, mais ou menos inextricavelmente, o *jurídico-societário* e o *jurídico-conflitual* (*Capítulo IV*). Entre eles, contam-se os problemas da *lei aplicável às convenções processuais-jurisdicionais* e o respetivo âmbito de aplicabilidade (em particular, perante o atual teor do artigo 25.º de Bruxelas Ia), a relevância das características da regulamentação *estatutária* e societária em geral, os limites que esta última impõe às actuações jurisdicionais, o controlo que uma invocação ou exercício abusivo do pacto deve merecer, a possibilidade de sancionar civilmente o incumprimento de pactos de jurisdição societários; e, bem assim, num último fôlego (*Capítulo V*), a necessidade de enquadrar o pacto de jurisdição no regime jurídico aplicável às

convenções relativas à ação social de responsabilidade, deste modo cruzando os confins do nacional e do europeu, do societário e do jurisdicional.

CAPÍTULO II — Natureza jurídica do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia

1. Razão de ordem

À indagação sobre a natureza jurídica de um pacto de jurisdição, a que de seguida nos dedicamos, assinala-se interesse prático de relevo. Mas, se reafirmamos essa convicção, tal não justificará, bem entendido, que entremos em conceitualismos espúrios, razão por que não nos deteremos no problema mais do que aquilo que é justificado pela instrumentalidade da resposta para o nosso estudo¹⁰⁵.

Cientes das fronteiras normativas entre *direito das sociedades nacional* e *direito dos conflitos de jurisdições europeu*, o nosso breve percurso permite-nos já, com suficiente segurança, tomar como ponto de partida, por um lado, o *direito da União Europeia*, em particular o Regulamento Bruxelas Ia e respetiva jurisprudência e doutrina, para o que diz respeito a estes *conflitos de jurisdições*, em particular no que toca aos pactos de jurisdição; e, por outro lado, o *direito das sociedades nacional*, em tudo o que diga respeito à regulamentação *estatutária* e outra “*normação societária*”, por isso que o sentido, o alcance e em geral a interpretação desta vão depender, antes de mais, da sua configuração em face da aludida ordem jurídica nacional. É, assim, o direito *português* o nosso ponto de partida na perspetiva jurídico-material, ao passo que a análise do direito *da União Europeia* se impõe no domínio jurídico-conflitual em sentido amplo (conflitos de leis e de jurisdições, sendo estes últimos que ora mormente relevam, mas com importantes questões de lei aplicável também neles encastradas).

Já quanto aos aspectos à partida mais duvidosos em razão de que, dadas as suas particularidades, poderão convocar simultaneamente elementos em que na aparência se

¹⁰⁵ Recordamo-nos de como num caso paralelo, o da *transação* regulada no art. 1248.º do CC, escreviam FERNANDO PIRES DE LIMA / JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado — Volume II*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 856: "Considerado como contrato, a transacção está sujeita à disciplina dos contratos (arts. 405.º e segs.) e ao regime geral dos negócios jurídicos (arts. 217.º e segs.). Nestes aspectos reside, sobretudo, o interesse prático da solução do problema da sua natureza."

conjugam, mais ou menos inextricavelmente, o *jurídico-societário* e o *jurídico-conflitual* — como sejam os problemas da *lei aplicável às convenções jurisdicionais* e o respetivo âmbito de aplicabilidade (em particular, perante o atual teor do artigo 25.º de Bruxelas Ia), da relevância das características da regulamentação *estatutária* e societária em geral, dos limites que esta última impõe às atuações processuais e jurisdicionais, do controlo que uma invocação ou exercício abusivo do pacto deve merecer, da possibilidade de sancionar civilmente o incumprimento de pactos de jurisdição societários, e bem assim da necessidade de encontrar o regime jurídico aplicável às convenções relativas às ações sociais de responsabilidade que cruzem todas estas fronteiras (do nacional e do europeu, do societário e do jurisdicional) —, em todos estes aspectos, dizíamos, apenas poderá haver refletida apreciação após assentarmos as bases a que colimam as linhas do presente Capítulo.

Neste contexto, em relação à natureza jurídica do pacto de jurisdição, afigura-se-nos metodicamente como a opção mais adequada, num mar de opiniões e de diversas culturas jurídicas materiais e processuais, a de procurar os termos do problema tendo presente a perspetiva daqueles (tribunais e autores) que o tenham colocado e procurado resolver no quadro do Regulamento Bruxelas Ia (ou já dos seus antecessores, o artigo 17.º da Convenção de Bruxelas e o artigo 23.º do Regulamento Bruxelas I): pois sendo esse, no nosso estudo, o âmbito normativo de referência, e sendo ademais conhecida a necessidade de isolarmos e privilegiarmos a definição de um critério *autónomo* de interpretação das disposições de Bruxelas, está aí o ponto de partida normativamente adequado para obtermos boas respostas — sem prejuízo de, naturalmente, nos mantermos atentos ao pano de fundo sobre o qual doutrinadores e tribunais nacionais cosem os seus recortes normativos, por isso que ele influenciará, muitas vezes de modo notório e decisivo — ainda que nem sempre assumidamente —, a impositação a que dão, e daremos nós também, voz.

Isso mesmo é, desde logo, visível quando compulsamos, de um lado, autores da tradição de *Common Law*, e, do outro, de *Civil Law*, pesem embora as aproximações que desde há muito vêm caracterizando o caminho¹⁰⁶ — e que não deixam, de toda a maneira, de suscitar novas incertezas.

2. Alemanha

2.1. O «contrato jurídico-material sobre relações processuais» na jurisprudência do BGH

Com efeito, num breve prelúdio sobre as impostações conhecidas em sistemas jurídicos que nos são mais próximos, veja-se o que sucede na Alemanha com a hoje muito difundida perspetivação do pacto atributivo de jurisdição como “*contrato jurídico-material sobre relações processuais*”.

É sabido que este pacto, em particular, mas também, em geral, as convenções processuais-jurisdicionais estão no entrecruzamento do *direito processual* e do *direito material* — e dentro do direito material, não necessariamente do “direito material dos contratos”¹⁰⁷, no sentido estritamente *jurídico-civil* ou *obrigacional*, pois que também outros ramos do jurídico podem chamar a si a respetiva regulação material, como por supremo interesse para este trabalho veremos em relação ao *direito das sociedades* quanto

¹⁰⁶ E já há quatro décadas, também entre nós, tratadas em muitos dos seus aspetos: cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “«Continentalização» do Direito Inglês ou «Insularização» do Direito Continental?”, in *BFD (Suplemento XXII)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, pp. 3 ss..

¹⁰⁷ MARTIN GEBAUER, “Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht”, in HERBERT KRONKE / KARSTEN THORN (HRSG.), *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren — Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Giesecking, Bielefeld, 2012, p. 577.

às convenções jurisdicionais sobre litígios societários, inseridas ou não nos estatutos sociais¹⁰⁸.

Neste contexto, muita tinta fez, e faz ainda, correr a discussão doutrinária sobre a *natureza jurídica* (e assim a respetiva *qualificação*) dos pactos de jurisdição, como é especialmente visível na doutrina germânica. A discussão anda aí em torno de três grandes hipóteses de qualificação: *jurídico-processual*, *jurídico-material* ou, como anunciámos ser posição dominante na jurisprudência alemã das últimas décadas, “*contrato jurídico-material sobre relações processuais*”¹⁰⁹.

A inauguração deste último enquadramento terá surgido com o acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 29 de fevereiro de 1968, em que se decide que “um pacto de jurisdição celebrado antes do processo é um contrato sobre relações jurídico-processuais, cuja formação se rege pelo direito civil”¹¹⁰. Tratava-se, com efeito, de um caso internacional: a ré era agente comercial, na Suíça, da autora, alemã; num dos documentos com as condições de entrega de bens constava como lugar do cumprimento e competência judicial exclusiva, respetivamente, a cidade e os tribunais de Wuppertal, na Alemanha. Após resolução do contrato de agência pela autora com base em ligações comerciais da ré a empresas concorrentes daquela, a ré, no que para aqui releva, contestou a competência internacional do tribunal alemão em que a autora propôs a ação. O BGH decidiu, no tocante à questão jurisdicional, que importa desde logo determinar “*segundo qual das ordens jurídicas que aqui são consideradas é de apreciar a formação do pacto de jurisdição*”, sendo a resposta decisivamente dependente da sua caracterização como uma *atuação processual* ou antes um *contrato de direito material*: ao passo que a primeira se

¹⁰⁸ Atentos a essa dualidade, BERND VON HOFFMANN / KARSTEN THORN, *Internationales Privatrecht — einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2007, § 3 Rn. 72 (p. 85) (“*Em contratos obrigacionais internacionais, mas também nos estatutos de pessoas coletivas, é frequentemente celebrado acordo sobre um foro*”).

¹⁰⁹ MARTIN GEBAUER, “Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht”, cit., p. 577.

¹¹⁰ BGH, BGHZ 49 384-387 (1968.02.29), p. 384.

rege pela lei do foro demandado (no caso a alemã); o segundo rege-se pela lei competente de acordo com as regras do direito internacional privado¹¹¹.

Este ponto era já então controvertido, sublinhou o tribunal federal, apontando doutrina e jurisprudência (nomeadamente do *Reichsgericht*¹¹²) em favor da qualificação *processual*¹¹³, bem como posições doutrinárias no sentido oposto. Inexistia decisão anterior do BGH sobre o assunto; contudo, o tribunal federal alemão havia sido previamente chamado a pronunciar-se sobre a qualificação de uma *convenção de arbitragem*, tendo já aí utilizado a referida caracterização em tanto que “*contrato jurídico-material sobre relações jurídico-processuais*”¹¹⁴.

¹¹¹ BGH, 1968.02.29, cit., p. 385.

¹¹² V. RG, RGZ 159 254-256 (1939.02.16), p. 255: "o acordo sobre a competência de um tribunal é um ato processual, que deve ser apreciado segundo o direito processual alemão (...), mesmo quando concluído [*vorgenommen*] no estrangeiro". Neste caso, interessante também numa perspetiva do consentimento e da formação do contrato jurisdicional, a sociedade ré, sediada em Amesterdão, emprestou (em 1928) 190.000 dólares a sociedade por quotas sediada em Colónia. Após sucessivas renovações do vínculo contratual, inicialmente de apenas três meses, a ré/credora (em 1931) enviou à sociedade alemã as suas condições gerais de contratação, de que constava pacto de jurisdição em favor dos tribunais holandeses. Depois de as instâncias alemãs inferiores declinarem competência internacional com base no dito pacto, o *Reichsgericht* chama a atenção para que esse pacto não foi celebrado concomitantemente com o mútuo propriamente dito: ora, para poder aceitá-lo, e na ausência de uma expressa escolha de lei e de foro, haveria que tomar como vontade presumível das partes, por ocasião da contratação, a de submeterem-se ao foro de Amesterdão, e que essas partes "teriam pactuado tal jurisdição, se essa questão houvesse entrado na esfera das suas cogitações ("... daß die Parteien disen Gerichtsstand auch vereinbart haben würden, wenn diese Frage in den Kreis ihrer Erwägungen getreten wäre."). Cfr. RG, 1939.02.16, cit., pp. 254-255.

¹¹³ Também neste sentido (como ainda veremos *infra*, pp. 86 ss.), GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge - Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 557, citando a decisão referida na nota anterior e ainda RG, JW 65. (Heft 46) 3185 (1936.06.09), p. 3185 (o acordo atributivo de jurisdição exclusiva a tribunal estrangeiro, "com o efeito da incompetência dos tribunais alemães, é admitido pelo direito alemão").

¹¹⁴ Assim se lê em BGH, 1968.02.29, cit., p. 386, citando quatro outros casos, dois do BGH e outros tantos do RG: (1) RG, RGZ 144 96-106 (1934.03.09) (associação comercial demanda uma sociedade membro, questionando-se essa qualidade; os estatutos daquela foram alterados, já na pendência de litígio, de modo a que as controvérsias "sobre a interpretação de disposições estatutárias" estejam exclusivamente sujeitas a arbitragem. Houve sentença arbitral confirmando a qualidade de membro proferida em 1.12.1930. Chegado ao RG o recurso contra a sua execução, levantou-se o problema de aplicação da lei processual no tempo, em virtude de uma alteração da lei de 27.10.1933 (com entrada em vigor em 1.1.1934), e é a esse propósito que o *Reichsgericht* se pronuncia no sentido de que não são aplicáveis, se entradas em vigor após a última audiência de julgamento em primeira instância (*in der Tatsacheninstanz*), e salvo diversas indicações legais expressas, as "prescrições de direito material" (pp. 98; 100); sendo que, em particular, o art. 9º, III, n.º 5 da dita lei salvaguardava convenções de arbitragem anteriores, a propósito pelo RG caracterizadas como

Pois bem: o BGH entendeu que “*para um pacto de jurisdição (...) não pode valer algo diverso do que vale para a convenção de arbitragem*”¹¹⁵. Dita o tribunal federal que os atos processuais (*Prozeßhandlungen*) são atos das partes ou do tribunal, relacionados com a propositura e tramitação da lide, regulados por prescrições jurídico-processuais. Ora, o pacto de jurisdição não pertencerá a essa categoria quando, como no caso, for celebrado *antes* da propositura da ação: ele “*não conforma o processo diretamente, antes ganha significado apenas quando executado pelas partes*”. Não lhe pareceu correto encarar como “*ato processual*” um acordo entre partes que, “*no momento em que o celebram, não pensam, de modo algum, num litígio judicial*” — o que nos factos se

"contratos materiais sobre relações jurídico-processuais" (v. pp. 98-99); acrescenta-se ainda com interesse que também a convenção arbitral *por via estatutária* "é um negócio jurídico pertencente ao direito material" (p. 100)); (2) RG, RGZ 156 101-106 (1937.11.02) (o contrato arbitral, ao contrário do que entendia a instância inferior, não tem "pura natureza processual", senão que, pelo contrário, se apresenta como "contrato de direito material sobre relações jurídico-processuais"; e dessa qualificação quanto à sua natureza jurídica mais resultaria, para este tribunal, que esse contrato estabelece "'direitos e deveres' jurídico-materiais" (p. 104)); (3) BGH, BGHZ 23 198-205 (1957.01.30) (numa ação para mera apreciação de validade da cláusula compromissória, adere-se à caracterização como "contrato jurídico-material sobre relações jurídico-processuais", citando as duas decisões do *Reichsgericht* abaixo identificadas, bem como à necessidade de apreciar esse contrato à luz do direito civil (cfr. p. 200)) (como curiosidade, pode ver-se feita referência (tb. p. 200) a uma tese de Habscheid (é de supor que se trate de Walther J. Habscheid; do autor, sobre matérias próximas (em análise da então nova disposição da lei de DIP suíça sobre a renúncia ao recurso na arbitragem internacional — o Art. 192 IPRG), vide WALTHER J. HABSCHIED, *Rechtsstaatliche Aspekte des internationalen Schiedsverfahrens mit Rechtsmittelverzicht nach dem IPR-Gesetz*, Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte (Hrsg.), Zürich, 1988), em parecer junto aos autos, segundo o qual o contrato arbitral seria um "*contrato de sociedade atípico*" — sobre as proximidades entre a sociedade e a arbitragem v. com interesse ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 33, n. 115, pp. 35 ss.); (4) BGH, BGHZ 40 320-326 (1963.11.28) (sociedade londrina vendedora demanda a sociedade compradora sediada em Frankfurt; as partes usaram "formulário" de associação comercial do sector contendo cláusula compromissória, sendo o lugar da arbitragem em Londres. O BGH critica a decisão recorrida por o *Oberlandesgericht Frankfurt* não ter previamente determinado se a lei alemã seria efetivamente aplicável à cláusula compromissória inicial, bem como a um acordo ulterior (em que, por troca de correspondência, a compradora aceita as condições definitivas de venda, nomeadamente o preço da mercadoria por tonelada, acordo este que servira de base à decisão recorrida no sentido de que esse último, e não o primitivo contrato contendo a cláusula compromissória, é que teria passado a vincular as partes, pelo que a relação material controvertida não mais estaria sujeita à cláusula arbitral). Em geral, pronuncia-se o BGH em concordância com o acórdão de 1957 anteriormente citado quanto à qualificação de "contrato jurídico-material sobre relações jurídico-processuais", pelo que "está subordinado enquanto tal aos princípios que regem normalmente as estipulações contratuais" (p. 322)).

¹¹⁵ BGH, 1968.02.29, cit., p 386.

demonstraria pela circunstância de esta convenção ser clausulada em conjunto com inúmeras outras que constam das condições de entrega¹¹⁶ (mas será que, perguntar-se-á, as partes “*pensam*”, efetivamente, em todas essas “*condições*”?). É por isso que “*os pressupostos para a válida formação do pacto de jurisdição apenas podem ser apreciados à luz do direito material; o direito processual não contém a este respeito qualquer prescrição*”¹¹⁷.

Aqui se introduzia a razão da analogia com a convenção de arbitragem (melhor, com a *cláusula compromissória*)¹¹⁸, ainda que o BGH não se tenha detido particularmente no ponto: “*também esta apenas é tomada em consideração quando feita valer no processo*”; “*por conseguinte, tendo ela embora efeitos jurídico-processuais, os seus pressupostos regem-se pelo direito material. Não é visível um fundamento para que, nessa medida, o pacto de jurisdição seja de apreciar de modo diverso em relação à convenção de arbitragem*”¹¹⁹.

Chegado à conclusão adiantada (estaríamos perante um contrato sobre *relações jurídico-processuais*, cuja formação se rege, porém, pelo *direito civil*), o BGH tem a solução facilitada em face do caso concreto: não houve sequer necessidade de responder à luz de que lei (suíça ou alemã) haveria de apreciar-se a validade do acordo¹²⁰, por isso que ambas conduziam na espécie a um mesmo resultado.

¹¹⁶ BGH, 1968.02.29, cit., pp. 386-387.

¹¹⁷ BGH, 1968.02.29, cit., p. 387.

¹¹⁸ A expressão usada em alemão é *Schiedsvertrag*, que valerá tanto para a cláusula compromissória como para o compromisso arbitral; o arrazoadado do BGH, porém, como fica explícito pelas referências *supra* em texto (v. o texto correspondente à n. 114), apenas fará sentido em face da *cláusula compromissória* — *i.e.*, relativa a um litígio *potencial* — e não já do *compromisso arbitral*. Como escrevia FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I, 4ª ed., Librería "El Fuero", Buenos Aires, 1950 (trad. espanhola de Santiago Sentís Melendo, 1997), p. 117, a cláusula compromissória visa a *litis nondum nata*, o compromisso arbitral a *litis iam nata*.

¹¹⁹ BGH, 1968.02.29, cit., p. 387.

¹²⁰ O tribunal esclarece que a lei aplicável não resultava clara das exposições das partes, nem tão-pouco da decisão revidenda — BGH, 1968.02.29, cit., p. 387.

2.2. Os contratos processuais «dispositivos» e «vinculativos»: a doutrina tradicional

Não deixaram de fazer-se ouvir muitas vozes críticas a esta impositação. Merece particular referência a conhecida obra de GERHARD WAGNER¹²¹, para quem, apesar da popularidade da figura, não existiriam verdadeiramente contratos jurídico-materiais sobre relações processuais¹²². Uma das razões por que o Autor defende a sua imprestabilidade está ligada ao imperativo reconhecimento daquilo a que podemos chamar “contratos processuais de vinculação” (*prozessuale Verpflichtungsverträge*)¹²³. Antes de avançar, pois, convirá fazer referência a esta distinção, bem vincada pela dogmática alemã, que opõe *Verpflichtung* e *Verfügung* (ou *Verpflichtungsgeschäfte* e *Verfügungsgeschäfte*).

No direito civil, os *Verpflichtungsgeschäfte* são os negócios jurídicos através dos quais um sujeito se vincula perante outro a um dever de prestação (vamos chamar-lhes, por simplicidade, *negócios de vinculação* ou *obrigacionais*). Trata-se de um negócio jurídico normalmente bilateral (contrato), embora possa também tratar-se de um negócio jurídico unilateral, e constitui uma *relação obrigacional*. À semelhança, aliás, do direito português (na mais comum vertente, a *contratual*), não estão sujeitos a um *numerus clausus*: regem-se em geral pela liberdade de celebração e de estipulação contratuais. Estes contratos “*de vinculação*” são, com efeito, os “*contratos jurídico-obrigacionais em sentido estrito*”¹²⁴.

¹²¹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit..

¹²² Para o Autor, essa suposta categoria é uma verdadeira “*contradictio in adiecto*”: GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 31.

¹²³ Assim claramente, em conclusão, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 47.

¹²⁴ V. JÜRGEN ELLENBERGER, “Überbl v § 104”, in PETER BASSENGE ET AL. (BEARB. VON), *Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, Rn. 15 (p. 78); CHRISTIAN GRÜNEBERG, “Überbl v § 311”, in PETER BASSENGE ET AL. (BEARB. VON), *Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, Rn. 5 (p. 478); no direito civil, é frequente a associação desta classificação ao *Trennungsprinzip* e ao *Abstraktionsprinzip*: v. WOLFGANG FIKENTSCHER / ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2006, § 13, Rn. 62 ss.; DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, München et al., 2010, § 20, Rn. 207 ss., § 60, Rn. 998 ss.;

Por seu turno, *Verfügungen* são negócios jurídicos que visam imediatamente a produção de efeitos sobre um direito existente, com vista à sua modificação, transmissão ou extinção (chamemos-lhes, neste contexto, *negócios dispositivos* ou *de disposição*). Por motivos de segurança jurídica, existe um *numerus clausus* destes negócios. São qualificáveis como tais uma alienação ou oneração, e é no direito das coisas que tais negócios são mais comuns: compõem em geral a categoria dos negócios jurídico-reais, sem que porém deixemos de encontrar inúmeros negócios de disposição no direito das obrigações, entre os quais a remissão (§ 398 BGB¹²⁵), a cessão de créditos (§§ 398 ss. BGB¹²⁶) ou a assunção de dívida com exoneração do antigo devedor ("*befreiende Schuldübernahme*": §§ 414 ss. BGB¹²⁷)¹²⁸.

Pois bem: se perguntarmos pela relevância desta distinção para as convenções processuais-jurisdicionais, em particular o pacto de jurisdição, WAGNER fornece-nos um bom ponto de partida para compreendermos a discussão germânica, ao dar conta dos seus termos no contexto dos "contratos processuais".

REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, Rn. 445 ss.; KARL LARENZ (BEGR.) / MANFRED WOLF (FORTF.) / JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., C.H. Beck, München, 2012, Rn. 23 ss.; HEIN KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, Rn. 9, 567; GOTTFRIED SCHIEMANN, "C. Das Rechtsgeschäft", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 2014, Rn. 16; aludindo, entre nós, a que "[n]a Alemanha, desde uma época já não muito recente, vem-se utilizando, a par do conceito de capacidade, o de poder ou faculdade de disposição (*Verfügungsmacht; Verfügungsbefugnis*)", v. já MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica — Vol. II — Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1960 (9.^a reimpr.: 2003), p. 117; cfr. ainda JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações — Primeiro Volume (Apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica — Porto)*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 215-216, 218.

¹²⁵ Cp. arts. 863.º ss. CC.

¹²⁶ Cp. arts. 577.º ss. CC.

¹²⁷ Cp. arts. 595.º ss. CC.

¹²⁸ V. JÜRGEN ELLENBERGER, "§ 104", cit., Rn 15 (p. 78). Acerca da utilidade geral da distinção, para lá do plano dogmático, é defendida na doutrina e jurisprudência a inaplicabilidade a negócios obrigacionais do § 185 BGB (*Verfügung eines Nichtberechtigten*): cfr. JÜRGEN ELLENBERGER, "§ 185", cit., Rn. 3 (p. 204). É também sublinhado, no plano material, que o contrato *dispositivo* (*Verfügung*) pressupõe, como objeto da produção de efeitos, a (pré-)existência de uma relação *obrigacional*: cfr. CHRISTIAN GRÜNEBERG, "Überbl v § 311", cit., Rn. 6 (p. 478).

Pode então dizer-se que o elemento distintivo dos negócios processuais *dispositivos* (*Verfügungen*) estará na característica de, por si próprios, *conformarem diretamente* a situação ou relação processual (*Prozeßrechtslage*), ao passo que as *Verpflichtungen*, desprovidas de tal efeito, se caracterizam por (pelo menos) uma parte se vincular a uma ação (*Tun*) ou omissão (*Unterlassen*) processuais. Exemplo prototípico do negócio dispositivo seria, justamente, o pacto de jurisdição (*Prorogation*); e, do negócio vincutivo ou obrigacional, uma promessa de desistência do pedido (*Klagerücknahmeversprechen*)¹²⁹.

Se há vozes que dão importância a esta categorização, a ponto de ela ter lugar cativo em manuais e comentários de referência¹³⁰, outros, como WAGNER, interrogam-se desde logo sobre se haverá, sequer, lugar a falar-se em negócios dispositivos e vinculativos *no âmbito processual*. Vejamos, por essa ordem.

Compulsando alguns dos textos manualísticos germânicos de referência, vemos a obra iniciada por ROSENBERG definir “contratos processuais” como contratos cujos principais efeitos imediatos (*unmittelbare Hauptwirkung*) se produzem no âmbito processual. Assim se distinguiriam dos contratos “jurídico-materiais”, cuja eficácia principal se produz no âmbito jurídico-material. A consequência jurídica fundamental, em termos gerais, é exposta logo de seguida: “contratos cujos efeitos principais se produzem no processo não estão, fundamentalmente, sujeitos de imediato às regras do direito material, também com respeito ao seu modo de formação”¹³¹.

De entre os “tipos de eficácia processual” de tais contratos, assimila-se também aqui a dicotomia clássica da doutrina alemã de que fizemos eco: há os contratos com “*Verfügungswirkung*” e os “*Verpflichtungsverträge*”, e, mais uma vez, o pacto de

¹²⁹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 35-36, 220-221.

¹³⁰ V., v.g., LEO ROSENBERG / KARL HEINZ SCHWAB / PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1993, § 66, I. ss.; DIETER LEIPOLD, “Vor § 128 ZPO”, in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3 (§§ 128-252), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Rn. 207 ss., *maxime* 300 ss..

¹³¹ LEO ROSENBERG / KARL HEINZ SCHWAB / PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 66, I. (p. 367).

jurisdição (*Prorogation*) é dado como o exemplo paradigmático daquele. Particularmente, a esse pacto é reconhecida uma *eficácia dispositiva positiva* (*positive Verfügungswirkung*), na medida em que cria ou funda uma situação jurídico-processual previamente inexistente: nessa espécie, a competência de um tribunal que, antes do pacto, seria incompetente.

De resto, a *Verpflichtung*, que é citada como sendo negada pela opinião dominante, é interessantemente apresentada aqui como um efeito, não *alternativo* à disposição, mas que à mesma se juntaria (*neben der verfügenden Wirkung*), no âmbito de certos contratos processuais, sendo que os Autores aceitam o seu reconhecimento nas disposições *negativas*, tais como em contratos que têm por objeto a desistência do pedido (*Klagerücknahmevertrag*) ou renúncia à recorribilidade (*Rechtsmittelvertrag*). Trata-se, bem se vê, de uma visão diferente do que significa o contrato *vinculativo* ou *obligacional*, que parece vir na esteira de Hans-Jürgen HELLWIG¹³², por contraponto ao que WAGNER descreve e acabámos de ver¹³³, uma vez que este último é claro, na definição que apresenta, ao excluir quaisquer efeitos *dispositivos* resultantes da categoria de *Verpflichtungsgeschäfte* de que nos fala¹³⁴.

Em outro texto de referência, num ponto em que o centro da análise são, em geral, as *Prozeßhandlungen* ou os *atos processuais* das partes¹³⁵, identificam-se, a par dos contratos processuais propriamente ditos, os atos processuais unilaterais (*einseitige Prozeßhandlungen*, tais como, por exemplo, a propositura da ação judicial) e os chamados *Gesamtakte*, que, pressupondo embora o acordo de vontades das partes, se distinguem dos contratos por as declarações negociais se dirigirem *ao tribunal*, e não,

¹³² V. HANS-JÜRGEN HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968, pp. 60 ss., p. ex. p. 62.

¹³³ Cfr. *supra*, texto correspondente à n. 129.

¹³⁴ V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 35 ("Verpflichtungsgeschäfte (...) wenn der Vertrag keine solche Gestaltungswirkung besitzt, sondern (...)").

¹³⁵ Porque uma distinção primeira a fazer é entre os atos processuais *das partes* e os *do tribunal*, que aqui não relevam (aliás, na obra referida são excluídos, neste passo, da análise): DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 207.

reciprocamente, à outra parte — trata-se, no fundo, de declarações *convergentes*, mas não reciprocamente *opostas*. Pelo que o *Gesamtakt* se compõe dos atos unilaterais de cada uma das partes, havendo que tratar juridicamente cada um deles como um ato processual unilateral, embora com a especialidade de os respetivos efeitos se produzirem apenas quando o tribunal recebe a última das declarações unilaterais; pode a outra parte, até esse momento, *revogar* a sua prévia declaração¹³⁶. Exemplo, entre vários, seria o acordo das partes no sentido de haver decisão judicial sem necessidade de audiência de julgamento (§128 (1) ZPO¹³⁷).

É interessante notar como, ao justificar-se a autonomização da categoria dos *Gesamtakte* em face do verdadeiro *contrato processual*, perante a existência, também naqueles, de um *acordo de vontades*, é referido que a ausência de uma *vinculação* (*Verpflichtung*) não seria, por si só, óbice à classificação *contratual*: traça-se um paralelo com os pactos de jurisdição e as convenções de arbitragem para dizer que, sendo estes *contratos processuais*, não é a ausência de *vinculação* (na visão deste Autor) que lhes retira tal carácter.

Por fim nesta classificação tripartida, vêm os *contratos processuais*, definidos como aqueles em que o acordo de vontades se caracteriza por declarações recíprocas (*gegenseitig*), com vista à produção de um efeito processual¹³⁸. Entre os exemplos paradigmáticos está, mais uma vez, o pacto de jurisdição, e aqui também a convenção de arbitragem, vistos como contratos com efeitos *dispositivos* de cariz estritamente *jurídico-processual*, e não *jurídico-material*¹³⁹; outrossim os contratos em que uma parte “se *vincula*” perante outra jurídico-processualmente. Isto é, insiste-se na inexistência de qualquer *vinculação* naqueles primeiros dois tipos de contratos processuais,

¹³⁶ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 219, 285.

¹³⁷ Neste caso específico, porém, ao contrário do que demos conta como doutrina geral na frase anterior, tal concordância não é em princípio revogável, salvo em dadas circunstâncias ("*Mit Zustimmung der Parteien, die nur bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage widerrufen ist, (...)*").

¹³⁸ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 220.

¹³⁹ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 301-302.

simultaneamente se afirmando a admissibilidade da categoria dos contratos processuais *vinculativos*¹⁴⁰.

Quanto a estes últimos, essa admissibilidade é defendida à luz da *liberdade contratual* (ainda que mitigada, em função do carácter jurídico-público do direito processual), desde que não contradigam proibições legais, os bons costumes ou interesses ligados à boa administração da justiça subtraídos à disposição das partes¹⁴¹. É verdade, lembra-se, que uma certa impositação vê nestes efeitos vinculativos um argumento para a sua qualificação *jurídico-material*; contudo, em defesa da sua associação ao mundo jurídico-processual, sublinha-se, por um lado, que o efeito pretendido se produz no contexto processual, não sendo propriamente assumidos, ao jeito do direito material, específicos deveres de prestação; e ainda, por outro lado, que a estes contratos, ainda que “meramente” *vinculativos*, é já predominantemente reconhecida ao menos uma *eficácia processual mediata*, por via da boa-fé¹⁴². Na verdade, os efeitos *dispositivos* são descritos como uma espécie de eficácia processual *imediata*, mais forte, na medida em que são consubstanciais ao reconhecimento de um poder das partes de conformação processual, de tal modo que, *por meio de exceção (einredeweise)*, podem provocar efeitos no processo, irrestritamente vinculativos para o próprio tribunal. Já os contratos processuais desprovidos de tal eficácia dispositiva, que “apenas vinculam a uma ação ou omissão processuais”, têm por conseguinte efeitos mais fracos: ainda que se reconheça o direito que nele tem fonte, a verdade é que, quando confrontados com o seu desrespeito¹⁴³, não há uma reação com aquela forte consequência da exceção. Vale, para LEIPOLD, a circunstância de encararmos tal desrespeito como um inadimplemento contratual, que deve ser avaliado como uma *violação da boa-fé*, da qual se podem deduzir “*consequências jurídicas processuais*”, mas sempre com a contingência associada a todas

¹⁴⁰ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 220.

¹⁴¹ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 303.

¹⁴² DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 304.

¹⁴³ E ainda que se admita uma reação judicial (mas não num processo autónomo, antes sim nos autos respetivos): DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 315.

as possíveis objeções de que, no âmbito do direito dos contratos, se possa lançar mão para a apreciação do caso em face dos parâmetros da boa-fé¹⁴⁴. Entre essas consequências jurídicas, LEIPOLD elenca como exemplo o indeferimento de uma ação proposta em violação de um acordo que vincula as partes a não propor ação durante certo lapso de tempo ou até determinado acontecimento (*Stillhalteabkommen*)¹⁴⁵; ou a rejeição de recurso, interposto em violação do que as partes dispuseram sobre tal possibilidade — sempre suposto, evidentemente, que a parte interessada alega e prova a existência do correspondente contrato processual vinculativo¹⁴⁶.

2.3. A crítica de WAGNER e a sua teoria dos contratos processuais

Como indicámos, se na doutrina tradicional continuamos a encontrar muitas vozes que dão importância a esta categorização dos contratos processuais em *dispositivos* e *vinculativos* — apresentando alguns autores dúvidas, inclusivamente, sobre se os segundos seriam verdadeiros e próprios contratos processuais (ou antes contratos jurídico-materiais, subtraídos à tutela jurídico-processual), e sobre se não seria de falar de uma *dupla tipologia* ou *Doppeltatbestand*¹⁴⁷, em que os mesmos factos integram em simultâneo previsões jurídico-processuais e jurídico-materiais¹⁴⁸) —, outros, como

¹⁴⁴ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 315.

¹⁴⁵ Cfr., sobre a admissibilidade destes acordos no direito alemão, BGH, *Stillhalteabkommen bei Streit über Invalidität*, IVa ZR 180/88 (Köln), NJW-RR 1989 1048 (1989.06.14); trata-se de um tipo de cláusula com eventual interesse para as ações sociais de responsabilidade — se compararmos o art. 74.º, n.º 1, do CSC português (em que não há qualquer necessidade legalmente prescrita de aguardar o decurso de certo prazo para propor ação de responsabilidade) com o § 93 (4) AktG (*Vergleich und Verzicht*, o prazo de 3 anos). V. *infra*, no nosso Cap. V, pp. 527 ss..

¹⁴⁶ DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 314-315.

¹⁴⁷ Cfr., por todos, FRIEDRICH LENT (BEGR.) / OTHMAR JAUERNIG (FORTF.) / BURKHARD HESS, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 30, Rn. 17.

¹⁴⁸ Neste sentido, a doutrina maioritária — concordante também em excecionar a *transação*, para a qual, por conseguinte, continua a reconhecer-se uma *dupla natureza* (*Doppelnatur*): cfr. DIETER LEIPOLD, "Vor § 128 ZPO", cit., Rn. 322-325 (onde se dá conta de que apenas a partir da 18.º ed. da obra se abandonou a

WAGNER, interrogam-se desde logo sobre se haverá, sequer, lugar a falar-se em negócios dispositivos e vinculativos *no âmbito processual*.

Com efeito, é mister começar por recordar, segundo o professor de Berlim, que a *summa divisio* que remete o direito processual para o lado *publicístico* da normação jurídica¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ é aqui irrelevante: o que é decisivo para uma pertinente qualificação *jurídico-processual* de um ato ou contrato processual é o *conteúdo* do contrato (*Vertragsinhalt*), de tal modo que, se a vontade das partes for dirigida à “modificação das regras processuais” ou a uma “disposição sobre os poderes processuais”, o contrato terá um *objeto jurídico-processual* (*prozeßrechtlicher Gegenstand*), e deve ser como tal (i.e., como *contrato processual*) qualificado. É esta *Gegenstandstheorie* (conhecida sobretudo no domínio dos contratos *administrativos*, para a sua categorização no confronto com os *jurídico-privados*)¹⁵¹ que decide, em função do *objeto* do contrato, e não em dependência dos critérios de delimitação do direito público em face do direito privado. Com efeito, e independentemente da teoria a que se adira para proceder a esta última delimitação, ela

tese da *Doppelnatur*). Dissonante quanto àquela exceção, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 43 ss.. V. tb. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, n.º 11 (p. 9: "On peut envisager ainsi la prorogation de juridiction à la fois comme un acte contractuel et comme un acte de procédure (..)"); MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, "Competência internacional e autonomia privada: Pactos privativos e atributivos de jurisdição no direito português e na Convenção de Bruxelas de 27-9-1968", in *RDE*, Ano XIII, 1987, pp. 166-167.

¹⁴⁹ Que o direito processual civil é aceite no seio do *direito público* parece ser pacífico: cfr., com alusão a perspectivas classificatórias baseadas na *subordinação* (*Subordinationstheorie*), que vê nas partes entidades infraordenadas — subordinadas — ao tribunal, ou numa *classificação material* (próxima da teoria anterior) ou *formal*, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 13-14, n. 12 e texto correspondente. V. tb., por todos entre nós, referindo-se à *subordinação* e ainda à "*natureza* dos interesses tutelados pelas respectivas normas", JOÃO ANTUNES VARELA / SAMPAIO E NORA / J. MIGUEL BEZERRA, *Manual de processo civil*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 9.

¹⁵⁰ O que não impede a identificação de um *nexo valorativo* (*Wertungszusammenhang*) entre o *direito privado material* e o seu "correspondente" *direito processual*: v. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 209.

¹⁵¹ V. referências circunstanciadas, na Alemanha, em GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 27, n. 83. A alusão ao direito administrativo, porventura menos habitual para o cultor do processo *civil*, deve-se à circunstância de, para WAGNER, não poder haver *variações no critério de qualificação* de um contrato (entre o público e o privado) em função do ramo do direito público em questão; motivo pelo qual a dogmática do contrato público (e em particular, pelo seu desenvolvimento, a do contrato administrativo) relevaria para a análise do também jurídico-público contrato processual. V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 19, texto correspondente à n. 36.

não deve desempenhar nenhum papel na *qualificação* dos *contratos* como *processuais*, uma vez que ela será apropriada para a qualificação de *normas* jurídicas, não já de *atos* jurídicos (*Handlungen*)¹⁵². Independentemente do modo como se configure a própria relação processual¹⁵³, a qualificação *jurídico-pública* de um contrato entre dois particulares *por isso que* ele releva principalmente no âmbito *processual* (i.e., em dependência de uma classificação dos seus *efeitos*)¹⁵⁴ não joga bem, entre outros, com a circunstância de que cada um se encontra numa posição paritária em face da contraparte, ao que acresce o facto de se manterem os poderes dispositivos, decorrentes da autonomia privada, mesmo durante a pendência do processo¹⁵⁵. O que caracterizaria o contrato processual seria então a modificação, por acordo, de uma relação jurídica de direito público — no exemplo do próprio Autor, se as partes escolhem um foro derogante do

¹⁵² Com esta distinção, v. KARL LARENZ (BEGR.) / MANFRED WOLF (FORTF.) / JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., § 1, Rn. 28. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 20 e 46-47, sintetiza: "O direito processual é parte do *direito público* e distingue-se por isso, numa perspectiva analítica, do direito privado material. Contudo, as tradicionais teorias de delimitação entre direito privado e público não desempenham *nenhum* papel no direito dos contratos processuais, porquanto elas são adequadas para a qualificação de *normas jurídicas* - não já de *atuações (Handlungen)*. O critério decisivo para o enquadramento (*Zuordnung*) de um contrato numa parte da ordem jurídica é unitário e a determinar de modo independente dos candidatos para classificação que concorrem no caso individual. Para ser classificado como contrato processual, é decisivo, não o preenchimento do conceito de atuação processual (*Prozeßhandlung*), mas sim o conteúdo contratual. Se a vontade negocial das partes é dirigida à modificação das regras procedimentais ou a uma disposição sobre poderes processuais, o contrato tem um objeto jurídico-processual e é classificável em conformidade. Outros critérios que não o objeto contratual, tais como fim, carácter conjunto e cunho (*Gepräge*) da convenção, são irrelevantes, ao contrário de uma opinião difundida no direito administrativo. Apesar da popularidade da figura na jurisprudência e doutrina, não existem, em boa verdade, contratos de direito material sobre relações processuais."

¹⁵³ Há opiniões em todos os sentidos: uma relação tripartida entre tribunal e partes; uma relação entre o tribunal e *cada uma* das partes; ou mesmo uma relação processual que envolve apenas *as partes*, e não o tribunal. V., com indicações, na Alemanha, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 145, n. 16 e texto correspondente.

¹⁵⁴ Apesar de aceitar proximidades entre a *Gegenstands-* e a chamada *Wirkungstheorie*, WAGNER dá conta da crítica a esta baseada na ideia de que as consequências jurídicas de um contrato, derivadas de uma conexão estabelecida pela lei entre a sua celebração e tais consequências legalmente desencadeadas, e portanto independentes da vontade das partes, devem manter-se irrelevantes para a classificação. V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 29-30.

¹⁵⁵ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 15.

que resultaria dos §§ 12 e seguintes da ZPO, estão assim a “modificar a ordem de competências da ZPO”¹⁵⁶.

Há, por conseguinte, segundo o Autor, que atentar-se no *conteúdo* ou *objeto* do contrato para efeitos da sua qualificação, como já J. KOHLER, em finais do século XIX, havia originalmente sugerido¹⁵⁷.

Ora, no quadro desta *Gegenstandstheorie*, para WAGNER, os negócios usualmente categorizados como *dispositivos* seriam, sem mais, qualificáveis como *processuais*. Já é, porém, duvidoso, na jurisprudência e doutrina, se se pode sequer falar em *vinculações* que tenham um cariz *jurídico-processual*: para muitos, são apenas reconhecíveis como contratos propriamente processuais os de feições *dispositivas*¹⁵⁸. E a razão por que se negaria valor jurídico-processual à “mera” vinculação é a de que a atuação (ou sujeição) processual teria sempre e necessariamente uma natureza *jurídico-material*. Assim vistas as coisas, e não estando especificamente regulamentados do ponto de vista jurídico-processual a maior parte dos contratos com relevância para o processo, estaria aberta a

¹⁵⁶ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 30. Sobre o papel, digamos, *infraordenado* que reconhecemos a esta *Zuständigkeitsordnung*, que faz com que a “modificação” haja de ser entendida como lógico-normativamente anterior à “ordem de competências” legalmente estabelecida, v. *infra*, pp. 121 ss..

¹⁵⁷ JOSEF KOHLER, “Noch einmal über die processrechtlichen Verträge und Creationen”, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag (reimpr.: Scientia Verlag), Berlin (reimpr.: Aalen), 1894 (reimpr.: 1980), pp. 255-256.

¹⁵⁸ Assim GERHARD SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1935, p. 96 (entre outros, negando à *Zuständigkeitsvereinbarung* efeitos jurídicos “que não no domínio do direito processual”), *passim*; GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, Verlag Franz Vahlen, Berlin, Frankfurt a. M., 1957, *passim*, visível designadamente na definição de *Partei-prozeßhandlungen* que propõe, p. 291, após análise individual de um conjunto de *Prozeßverträge*, pp. 184 ss., entre os quais o *Prorogationsvertrag*, pp. 218 ss. (para uma breve crítica centrada nas consequências para as exceções no direito processual, v. FELIX GRAF VON STOSCH, *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht — de lege lata — de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 70-71, n. 187); RALF SIEBERT, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, Köln, 1973, pp. 23 ss., 45; REINHARD GREGER, “Vor § 128 ZPO”, in *Zöller Zivilprozessordnung — mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen — Kommentar*, 26. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, Rn. 26.

porta para a sua qualificação como “*contratos jurídico-materiais sobre relações processuais*”, como vimos, e a conseqüente sujeição ao direito material¹⁵⁹.

Perscrutando as fundações de um tal entendimento, nem sempre claramente explicitadas pela doutrina, encontram-se receios antigos de que uma certa unidade e integridade da teoria geral do processo seria fortemente abalada com o reconhecimento de contratos obrigacionais processuais, uma vez que, enquanto geradores de obrigações, eles estariam em larga medida sujeitos ao direito civil dos contratos, gerando-se fricções normativas que preferir-se-ia evitar. E esta impostação não é isenta de conseqüências de regime: WAGNER exemplifica com a convenção de arbitragem, que, desencadeando os efeitos *dispositivos*¹⁶⁰ que o § 1032 (1) ZPO estabelece, obriga os fautores da negação de contratos processuais vinculativos a optar entre *negar* efeitos *vinculativos* a essa convenção de arbitragem, ou então a qualificá-los como *jurídico-materiais*, e com isso impor o reconhecimento de uma natureza jurídica *mista* ao contrato arbitral.

Pois bem: para WAGNER, todos estes esforços de qualificação se fundamentam num par de ideias desacertadas. Por um lado, a de que toda e qualquer *vinculação*, do tipo de que falamos, pertenceria inexoravelmente ao domínio do *direito privado*, numa espécie de correspondência necessária entre *vinculação*, *direito das obrigações* e *direito privado*¹⁶¹. Por outro lado, a insistência em que o critério qualificador, entre a *disposição* e a *vinculação*, pressuporia para a primeira um efeito dispositivo *imediato*. Em resposta, no que toca à configuração dos efeitos contratuais relevantes para a sua qualificação, WAGNER mais uma vez recorre aos ensinamentos da doutrina publicística no sentido de que é em geral reconhecido, no quadro da mencionada *Gegenstandstheorie*, que os contratos regulados pelo direito público tanto se podem apresentar como *dispositivos* ou como *vinculativos*. Tem-se, deste modo, por assente que não é possível argumentar contra

¹⁵⁹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 36.

¹⁶⁰ De exceção dilatória, comparáveis aos dos artigos 96.º, b), e 577.º, a), do CPC português.

¹⁶¹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 37, parafraseia aqui HANS-JÜRGEN HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, cit., p. 75: “*Verpflichtung = Schuldrecht = Privatrecht*”.

o reconhecimento dos últimos, os *vinculativos*, com base numa pretensamente exclusiva inclusão da *obrigação*, que deles efetivamente se gere, no domínio do *direito privado material*¹⁶²: antes se há de reconhecer a possibilidade de vinculações obrigacionais *também* no direito público¹⁶³, sem que se confirmem os receios para a *unidade dogmático-processual*. O critério decisivo para o enquadramento de um contrato numa parte da ordem jurídica é, pois, *unitário* e a determinar de modo independente dos candidatos para classificação que concorrem no caso individual, e bem assim do carácter *dispositivo* ou *vinculativo* que se lhes reconheça — ambos merecem tratamento jurídico indiferenciado no seio do direito processual. Para ser classificado como contrato processual, é decisivo, não o preenchimento do conceito de atuação processual (*Prozeßhandlung*), mas sim o respetivo *conteúdo contratual*. Deste modo, se a vontade negocial das partes é dirigida à *modificação das regras processuais* ou a uma *disposição sobre poderes processuais*, o contrato tem um *objeto jurídico-processual* e será classificável em conformidade¹⁶⁴.

¹⁶² Já JOSEF KOHLER, "Ueber processrechtliche Verträge und Creationen", cit., abria esse seu texto clássico dando conta de que o contrato não é uma figura exclusiva do direito civil, antes surge em qualquer domínio do jurídico onde é reconhecida à "iniciativa do indivíduo" uma influência relevante na vida jurídica; pelo que importaria desacoplá-la do direito das obrigações. V. *ob. cit.*, pp. 127, 129.

¹⁶³ É inabarcável, mesmo apenas entre nós, doutrina publicística que explora o tema dos *contratos públicos*; de toda a maneira, podemos colher referências expressas aos "direitos e obrigações", ou às "obrigações contratuais" ou "obrigações jurídicas" de que é fonte o contrato administrativo, que emergem do "acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação" (cfr. art. 1.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos), respetivamente, e entre muitos, em ANTÓNIO MOREIRA BARBOSA DE MELO, "A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público", in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 20; PEDRO GONÇALVES, "Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo", in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 574, pp. 580 ss., p. 596; v. tb. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas — O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 731; ou PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 16. Para um confronto com os dados civilísticos, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos "O Direito", n.º 2, Almedina, Coimbra, 2007.

¹⁶⁴ Outros critérios que não o objeto contratual, tais como fim, carácter conjunto e "cunho" ("*Gepräge*") da convenção, mesmo quando lançados tão-só para "enriquecer" o critério-base do *objeto*, são, para WAGNER, irrelevantes, ao contrário de opinião aparentemente difundida no direito administrativo alemão: v. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 32-35, 46-47.

Como vemos, WAGNER está interessado em afirmar a admissibilidade de *vinculações* de direito processual, procurando desvelar a verdade por detrás da assunção irrefletida, ou até inconsciente, de que “*vinculação = direito das obrigações = direito privado*”, ao passo que, em bom rigor, a “obrigação” não seria de todo domínio exclusivo do direito privado material. Portanto, há “vinculações” de direito processual; e não há qualquer complicação a vislumbrar na circunstância de o direito processual ser, de acordo com a *Gegenstandstheorie*, direito público.

Este é um passo intermédio para o que WAGNER de seguida pretende fazer com a categoria dos contratos processuais *dispositivos*: negar a sua verdadeira existência enquanto tais¹⁶⁵. Com efeito, por ocasião de uma análise da concreta eficácia dos contratos processuais em geral, a propósito da qual se diferencia o estudo dos efeitos (i) no processo a que dizem respeito (o *processo primário (Primärprozeß)*) e (ii) num outro processo, mas ainda com base no contrato processual, em que se exija v.g. uma indemnização pelo incumprimento (o *processo secundário (Sekundärprozeß)*), o Professor alemão debita a confusão gerada com a dicotomia *Verfügung/Verpflichtung*, não só à conta da inimizade inicial acerca das *vinculações* no direito processual, mas também, na sua própria raiz, à transposição destes conceitos, desenvolvidos no direito material¹⁶⁶, para o processo, no que terá tido um papel doutrinal cimeiro SCHIEDERMAIR¹⁶⁷: ao insistir na necessidade elementar de que o contrato processual tenha efeitos *dispositivos*, e *tão-só* efeitos *dispositivos*, tiveram de assimilar-se-lhe, mais ou menos artificialmente, figuras negociais-processuais que, verdadeiramente, não apresentam esse carácter, com danos para a clareza da discussão repercutidas ainda na atualidade.¹⁶⁸

¹⁶⁵ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 232, 276, e *passim*.

¹⁶⁶ Cf. *supra*, texto correspondente às nn. 124 ss..

¹⁶⁷ V. GERHARD SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, cit., *maxime* pp. 95 ss..

¹⁶⁸ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 212-213.

Para WAGNER, a questão há de resolver-se a partir de uma diferenciação, que perpassa a sua obra, entre contratos celebrados no quadro do *direito processual supletivo* (*Normdisposition*) e contratos que incidem propriamente sobre faculdades ou poderes processuais dos contraentes (*Befugnisdisposition*)¹⁶⁹ — sim, porque o âmbito de legítima utilização dos contratos processuais não se limita ao reduto do direito processual dispositivo ou supletivo, antes se estende também às disposições sobre poderes processuais regulados em normas não supletivas: é o que se deduz, não obstante o carácter publicístico do direito processual civil, a partir do nexo valorativo e normativo que o liga ao direito material privado¹⁷⁰. Isto é, o poder de conformação de relações processuais pelos privados, através do acordo de vontades, abrange hipóteses que não cabem no esquema clássico do direito dispositivo ou supletivo, que supõe, por definição, dois elementos, no modelo cujas origens nos levam até OSKAR BÜLOW¹⁷¹: uma *norma de habilitação* (*Ermächtigungsnorm*) e uma *regulação subsidiária* (*subsidiäre Regelung*), esta última intervindo quando não haja sido praticado aquele poder de conformação. Este, na medida em que as partes estipulem vinculativamente acerca do exercício, ou o não exercício, de faculdades que processualmente lhes sejam reconhecidas (v.g., a desistência do pedido¹⁷²), nada tem que ver com o âmbito do direito processual supletivo. Mas não

¹⁶⁹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 57 ss., 86 ss., e *passim*.

¹⁷⁰ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 52 ss., 209. Sobre "o que realmente se pode considerar como cogente no âmbito do processo civil", no quadro de uma recente evolução do direito processual civil brasileiro que pretendeu alargar o espaço de conformação privada do processo, v. FLÁVIO LUIZ YARSHELL, "Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?", in ANTONIO DO PASSO CABRAL / PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (COORDS.), *Negócios processuais*, Editora JusPODIVM, Salvador, 2015, pp. 71 ss..

¹⁷¹ V. OSKAR BÜLOW, "Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", in *AcP*, 64., 1881, pp. 62 ss., com a adesão de GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 53, também utilizado já por LUDWIG ENNECERUS (BEGR.) / HANS CARL NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, pp. 299 ss..

¹⁷² Tomando este exemplo, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 55, descreve como a regulamentação jurídico-processual que admite, até determinado momento da tramitação, a desistência do pedido, configura-se como uma *norma de habilitação*; mas o exercício dessa faculdade de desistir do pedido, a ter lugar, não conduz à "exclusão de regras subsidiárias" previstas para a hipótese do seu não exercício, tal como seria o caso se de direito supletivo se tratasse. Na lei portuguesa, aquele momento é "em

deixa de integrar um espaço, onde, em face do nexu axiológico-normativo com o direito substantivo de que é suporte adjetivo, se aceita a legítima intervenção da autonomia privada.

Afirmada uma certa unidade na categorização dos contratos processuais, que vê como decisivo o seu conteúdo ou objeto contratual e desconsidera a pretensamente artificial divisão no processo entre negócios vinculativos e dispositivos, ao mesmo tempo que retira os contratos processuais do espectro *jurídico-material* para os receber plenamente no *jurídico-processual*, não está ainda respondida a questão de saber em que prescrições normativas havemos de encontrar o regime para todos os aspectos não diretamente regulados em normas jurídicas de direito processual, tais como (entre outros) formação, vícios de vontade ou requisitos de forma (sendo embora, neste último ponto, exceção os contratos que mais nos interessam, o pacto de jurisdição e a convenção de arbitragem, por isso que para eles existem exigências de forma específicas¹⁷³). Pois bem: WAGNER não duvida em recorrer às disposições de direito dos contratos vertidas no BGB, na medida em que aí se encontram princípios gerais de direito que reclamam validade em toda a ordem jurídica — sem que, porém, tal signifique uma reconversão em contratos de direito material: a aceitação de um estatuto superior reconhecido àquelas disposições, que lhes empresta validade para lá do direito civil dos contratos, legitimaria por si só esta construção, sem necessidade de convocar um discurso analógico ou baseado numa pretensa remissão tácita operada pela lei processual civil¹⁷⁴.

Pois bem: se é certo que, para WAGNER, tanto se contabilizam entre os contratos processuais os usualmente designados *dispositivos* como outrossim os *vinculativos*, não está ainda, só com esse percurso, explicado o modo como se produzem os respetivos efeitos.

qualquer altura" (art. 293.º, n.º 1, do CPC), ao passo que na lei alemã, sem a concorrência do acordo do réu, é o início da audiência de julgamento (§ 269 (1) ZPO).

¹⁷³ Cfr., no direito autónomo alemão, os §§ 38 e 1031 ZPO, respetivamente.

¹⁷⁴ Cfr. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 278 ss. (*maxime* pp. 279-280, 343).

Por um lado, no que concerne aos contratos que tenham por objeto poderes ou faculdades processuais (*Befugnisdisposition*), WAGNER começa por ponderar a perspetivação, com arrimo na doutrina civilística tradicional, da extinção (*Aufhebung*) de um direito pré-existente como uma *renúncia* (*Verzicht*); de tal modo que poderia identificar-se uma *disposição jurídico-processual* em toda a extinção de uma posição processual ativa, operada através da respetiva *renúncia*. A doutrina e jurisprudência largamente dominantes, já se adivinha, não seguem esta visão, uma vez que, ao qualificarem como *jurídico-material* a vinculação obrigacional identificada, v.g., numa promessa de desistência do pedido, não vislumbram efeitos *dispositivos*, mas sim *vinculativos*¹⁷⁵. Contra esta última perspetiva se bateu SCHIEDERMAIR, ao, independentemente de eventuais efeitos vinculativos (a qualificar necessariamente como jurídico-materiais, na construção do Autor, que no contrato processual vê apenas e só efeitos *dispositivos*), cuja admissibilidade não nega, ter procurado incluir toda e qualquer lícita disposição contratual de poderes ou faculdades processuais na categoria de um contrato *de renúncia*, para assim lhe reconhecer eficácia *dispositiva*, e, logo, o carácter de contrato processual¹⁷⁶. Contudo, já sabemos que, admitida a categoria dos contratos processuais *vinculativos*¹⁷⁷, não mais há necessidade de *atamancar* a noção de *Disposition* tão-somente com esse escopo.

WAGNER parte então, na procura da qualificação dos negócios de disposição de poderes jurídico-processuais (*Befugnisdisposition*), da constatação de que enquadrá-los como *renúncias* afigurar-se-ia natural, sempre que no seu objeto encontrássemos a extinção de um direito de agir (*Handlungsrecht*), como sucede no exemplo da renúncia ao recurso; já se revela, porém, mais problemática essa impositação quando encontremos, não uma vinculação (*sic*) a uma omissão, mas sim a uma atuação *positiva*, como no caso da promessa de desistência do pedido. A isso acresce, em geral, o desmerecimento a que é

¹⁷⁵ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 225-226.

¹⁷⁶ Cf. GERHARD SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, cit., pp. 112 ss..

¹⁷⁷ V. *supra*, n. 140.

votada uma configuração *dispositiva* dos efeitos do contrato processual, por isso que, não só ela pressupõe a disponibilidade do direito objeto de “renúncia”, mas, além disso, o carácter dispositivo da norma jurídica que faz depender de uma declaração da parte “renunciante” a produção dos efeitos no processo. Ora, não se pode aceitar que, voltando a um dos exemplos usados, a renúncia extrajudicial ao recurso, só porque concebida estruturalmente como “dispositiva”, pudesse tomar a forma de um negócio jurídico unilateral plenamente eficaz, assim que a declaração de vontade receptícia entrasse na esfera jurídica da contraparte¹⁷⁸. Para WAGNER, pese embora a possibilidade teórica de configurarem-se os contratos processuais como *disposições*, tal teoria não resistiria de um ponto de vista prático, por isso que não ficaria garantido que o tribunal tomasse conhecimento da “reconformação da situação processual” (*Umgestaltung der Prozeßlage*). Logo, conclui que contratos tendo por objeto poderes ou faculdades processuais serão também — tal como os celebrados no quadro do direito processual supletivo — qualificáveis como negócios de *vinculação*¹⁷⁹. Fica assim negada, pelo Professor alemão, a verdadeira existência de contratos processuais *dispositivos*.

Por outro lado, quanto ao contrato processual paradigmaticamente dispositivo na doutrina tradicional, o *pacto de jurisdição*, WAGNER reconhece, é certo, o modo *imediato* como os seus efeitos se produzem sobre a relação processual, tanto na perspectiva das partes como na do tribunal, sem necessidade de um ato intermédio ou transpositivo (*Umsetzungsakt*). Mas tal não lhe basta para que se fale *propriamente*, ou *jurídico-tecnicamente*, numa *Disposition*: é que, argumenta, semelhante efeito é nos mesmos termos produzido, *perante o tribunal*, por qualquer contrato vinculativo (processual ou material) que as partes hajam validamente celebrado, e que o tribunal deverá, por conseguinte, tomar em consideração. Em acréscimo, *entre as partes*, contratos processuais tais como (entre outros) o pacto de jurisdição ou a convenção de arbitragem

¹⁷⁸ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 232.

¹⁷⁹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 228 ss., 276.

não produziriam, para o Autor, *em sentido técnico*, uma disposição sobre um direito (pré)existente, que afinal é característica, para a doutrina tradicional, da categoria em análise: por exemplo, num pacto de jurisdição em que se *acrescente* mais um foro competente, nada há em comum com a *disposição* de cariz jurídico-material, pois não se modifica, transmite ou extingue um direito — pelo contrário, adita-se mais uma possibilidade foral para a eventual demanda futura. E mesmo quando atenta no efeito *derrogatório* de um pacto de jurisdição, excluindo a competência de um foro que *ex lege* seria competente, entende WAGNER que a obrigatoriedade de o tribunal se abster de julgar não teria fundamento numa pretensa *renúncia* a um direito subjetivo de demandar em foro legalmente competente, mas sim numa *modificação*, pelas partes, da *Zuständigkeitsordnung* legalmente prescrita; modificação essa que vincula também o tribunal.

Em conclusão, importante, quanto ao direito processual supletivo: nos contratos processuais que sobre ele incidam, *não há*, para WAGNER, disposição sobre um direito, mas sim uma modificação, *pro futuro*, das regras processuais aplicáveis.¹⁸⁰ E é por isso que, em coerência com esta visão, se identifica o pacto de jurisdição como “o caso paradigmático de um contrato no quadro do direito processual supletivo, através do qual as partes modificam o direito processual aplicável ao seu litígio, fundando a competência do tribunal escolhido em desvio da ordenação legal” de competências¹⁸¹.

Nesta alusão geral aos posicionamentos de WAGNER acerca da natureza jurídica dos pactos que têm objeto ou conteúdo processual, registre-se ainda que o exame em especial dos pactos de jurisdição e das convenções de arbitragem — agrupados na categoria dos *contratos de competência*, para utilizar a expressão de WAGNER¹⁸² — não

¹⁸⁰ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 221 ss., *maxime* pp. 223-224.

¹⁸¹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 557.

¹⁸² "*Kompetenzverträge*": GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 556 ss. Como é aí sublinhado (p. 556), os pactos de jurisdição e as convenções de arbitragem assumem o papel de maior relevo, como a profusão de estudos e mesmo de jurisprudência (manifestamente mais na Alemanha do que entre nós, bem entendido) por si só demonstra, por comparação com outros "contratos de competência", tais como os de

revela novidades significativas em face de tudo o que em geral foi já objeto de análise. Na verdade, recorda que o pacto de jurisdição é um contrato processual, não jurídico-material, mas que lhe é, enquanto tal, aplicável o direito civil dos contratos, em tanto que enformador de princípios gerais de todo o direito, com aplicabilidade geral, e assim para lá do mero direito material privado¹⁸³. E nota também que a convenção de arbitragem é, outrossim, um contrato processual, não a aludida híbrida figura do “contrato jurídico-material sobre relações processuais”, pese embora identifique este último como o entendimento dominante¹⁸⁴. É verdade que neste domínio se reconhece um papel relevante das *rationes* do direito material aplicável à substância da relação jurídica submetida a arbitragem, mormente no momento de aferir a arbitrabilidade (objetiva) do litígio; contudo, tal não obsta a que, na esteira do critério do objeto ou conteúdo contratual, e em vista dos efeitos tipicamente jurisdicionais da sentença arbitral, nessa convenção de arbitragem seja por WAGNER uma vez mais identificado um contrato processual¹⁸⁵.

Registe-se, por fim, que, ao contrário de outros autores¹⁸⁶, e não obstante se refira às especialidades dos pactos de jurisdição regulados por Bruxelas — tal como, aliás, das convenções de arbitragem à luz da Convenção de Nova Iorque —, designadamente a propósito da *lei aplicável*¹⁸⁷, WAGNER não opera aí qualquer distinção quanto à respetiva natureza jurídica: podemos, pois, assumir que se trata, naquela impositação, de “contratos processuais”, em tudo à semelhança dos que são objeto da regulamentação dos §§ 38 e seguintes da ZPO alemã.

escolha meramente interna do tribunal territorialmente competente (cfr., no CPC português, o art. 95.º, n.º 1, sobre esta “competência convencional”).

¹⁸³ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 557.

¹⁸⁴ E ao qual, como nos diz o Autor, não serão alheias preocupações ao nível da determinação da lei aplicável: GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 579 (sobre o estado do problema quanto à lei aplicável, v. a *ob. cit.*, pp. 346 ss., *maxime* 348-352).

¹⁸⁵ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 582.

¹⁸⁶ Pensamos especialmente em Adrian BRIGGS — v. *infra*, pp. 111 ss..

¹⁸⁷ V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 377-384.

3. Para lá da Europa continental: o papel do «consentimento» ou «vontade» («consent»), em «Common Law» e na União Europeia, na obra de Adrian BRIGGS

3.1. O papel geral da manifestação de vontade das partes («consent»)

Com uma visão bem diversa das soluções para os problemas que nos ocupam, centrada nos acordos que as partes celebram em matéria de conflitos de jurisdições (e também de conflitos de leis), encontramos o eminente internacionalprivatista inglês Adrian BRIGGS.

O contexto em que é escrita a sua obra principal neste domínio, tomando as palavras do próprio professor de Oxford, é o de uma exploração sobre o papel do “consentimento” (*consent*), da “intenção comum” (*common intention*), do “acordo” (*agreement*) — enfim, diríamos, da *manifestação de vontade das partes* —, no quadro das regras de direito internacional privado¹⁸⁸. A sua afirmação de abertura, com tons do *favor negotii* tão caro também à doutrina internacionalprivatística lusa¹⁸⁹, é a de que, sempre que seja possível demonstrar a intenção comum ou mútua das partes, é natural supor que essa intenção deverá guiar o juiz na aplicação das regras de DIP: por outras palavras, “*um juiz deverá em geral interpretar as regras de direito internacional privado para dar efeito ao que se tenha demonstrado haja sido a intenção comum das partes*”. As razões por que a *common law* dos tribunais ingleses aceita este princípio fundamental, e assim a

¹⁸⁸ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, p. 1, 1.01.

¹⁸⁹ V. p. ex. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, p. 287 (sobre o seu papel na solução de conflitos de normas de conflitos); ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, cit., pp. 255 ss. (nele filiando a solução do art. 31.º, n.º 2, do CC); cfr. ainda ERIK JAYME, “Qualifikation und favor negotii im Internationalen Privatrecht”, in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 209 ss..

força ínsita na intenção das partes, relacionam-se com os valores da “*certeza jurídica*” e do “*respeito por expressões de autonomia adulta*”. Mas não é só a *common law* inglesa: também o direito da União Europeia, ainda que expressando-o “*na sua própria linguagem*”, reclama BRIGGS, confere valor de relevo à “*certeza jurídica*” e à “*previsibilidade sobre o resultado de um potencial litígio*”, de modo a assegurar proteção jurídica a todos os que se encontrem estabelecidos na União, e assim contribuir para o completamento do mercado interno. Quanto mais fortemente forem asseguradas as intenções das partes, diz-nos, tanto mais profundamente se enraizará a certeza e segurança jurídica na União Europeia como um todo¹⁹⁰.

Falar de “intenção comum” das partes não é o mesmo que falar de “acordo”, e BRIGGS pretende justamente examinar o fenómeno que, na sua descrição, se apresenta como uma *transformação instantânea* daquela neste, que se dá no momento em que as partes “fortificam” essa intenção comum através da celebração de um acordo. A partir desta fortificação, que visa proteger a parte não inadimplente em face de um efetivo incumprimento, e ainda criar incentivos para, antes de mais, evitar esse incumprimento (ou, visto de um lado positivo, para compelir as partes a cumprirem o acordado), resulta que a parte inadimplente ficará sujeita uma série de consequências do seu comportamento, desde a não obtenção de benefícios a partir dessa quebra do acordo, até ao surgimento de uma tutela complexa, que é objeto de um conjunto de pretensões que poderão ser deduzidas pela parte “inocente”¹⁹¹.

Se, de um lado, há uma “*alma contratual*” na tradição do direito internacional privado, de outro lado há uma evolução enorme no direito da arbitragem comercial, que não passa despercebida a BRIGGS neste contexto¹⁹². Desde há muito se aceita que as partes possam validamente comprometer-se em árbitros, de tal modo que quaisquer atos

¹⁹⁰ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 1.02, 1.22.

¹⁹¹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 1.04.

¹⁹² O Autor, aliás, anuncia que a sua matéria fundamental para análise são os “*acordos sobre jurisdição e escolha de lei*”, mas “*sempre reconhecendo as contribuições trazidas pelo direito da arbitragem*”: ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 1.07.

de uma das partes obstativos a um são decurso do procedimento arbitral podem trazer-lhe gravosas consequências — desde logo, como é tradicional nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*, indemnizações pelo incumprimento das convenções de arbitragem. Pois bem: toda a evolução da arbitragem, na base de convenções internacionais e de leis-modelo que primam sobre ou inspiraram (respetivamente) as leis nacionais, vem sendo no sentido de que, como BRIGGS fraseia, “*o papel dos tribunais judiciais foi reduzido ao seu mínimo irreduzível*”, aceitando-se que “*onde as partes tenham feito um acordo, ou pareça que tenham feito um acordo*” arbitral, tal acordo — ou “*talvez acordo*” — tem que ser executado, sem que sejam colocados significativos entraves.

Ora, tal estado das coisas não é isento de problemas, pois “*a autonomia pode ser reconhecida, pode ser outorgada; mas a autonomia não pode certificar a sua própria validade ou exercício*”. O que significa que, para lá do ponto em que o exercício da autonomia contratual deixa de ser inquestionável (e até esse ponto ela nunca é verdadeiramente problemática, parece evidente), “*é necessária uma robusta metodologia*”¹⁹³.

Em antecipação de algumas das conclusões que depois pormenorizará, BRIGGS revela que, na sua perspetiva, as regras de direito internacional privado podem ser organizadas de modo a estabelecer-se uma divisão sistemática no DIP entre os *agreements* e os *non-agreements*, e que uma melhor compreensão destes problemas será possível graças a este tratamento separado da jurisdição e conflitos de leis *por acordo*, em contraste com a jurisdição e os conflitos de leis *na ausência de acordo*. E acrescenta: “*tal tornaria mais fácil identificar os contributos que o direito internacional privado pode, e deve, receber dos arrazoados do direito comercial privado*”¹⁹⁴.

Nesta exploração do papel do consentimento, como um *building block* dos conflitos de leis em matéria comercial, detém-se especialmente BRIGGS com o fito de

¹⁹³ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 1.07.

¹⁹⁴ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 1.12 (v. tb. n.º 1.28).

demonstrar a medida em que aquele releva, seja na aplicação das regras de DIP, seja, mesmo antes disso, no delineamento de tais regras pelo legislador¹⁹⁵. A sua compreensão exige-lhe que vá mais fundo até ao exame da *infraestrutura* que as suporta, pois só assim se poderá mapear o caminho para a tutela jurídica que é justamente devida a uma parte em caso de incumprimento de um acordo jurisdicional pela sua contraparte: é indispensável, para o britânico, perguntar se aquelas regras “*se fundam em, ou dão efeitos jurídicos a, um acordo entre as partes, ou ao consentimento das partes, ou a nenhum destes*”¹⁹⁶.

Num entrecruzamento do *direito comercial* com o *internacional privado*, que seguimos naturalmente com interesse, BRIGGS afirma a importância crucial do *consentimento*, naquele primeiro, em tanto que uma significativa *força invisível*, com consequências sobre a compreensão deste último — aliás, historicamente, em grande medida desenvolvido, na jurisprudência inglesa, à sombra de litígios de natureza comercial, ao contrário do que foi sucedendo noutras paragens de *Common Law*¹⁹⁷. É aqui que se dá notícia de casos decididos, em matéria de *trusts*, no sentido de que os deveres fiduciários tipicamente associados à relação aí estabelecida, desenvolvidos na base da *equity*, *podem* ser afastados através de contratos comerciais livremente celebrados, em que as partes exerçam clara e deliberadamente a sua autonomia contratual, de tal modo que, independentemente das dúvidas que as últimas pronúncias jurisprudenciais ainda possam colocar, apenas poderão ser derogados os efeitos desse exercício da autonomia privada com fundamento em argumentos muito ponderosos¹⁹⁸.

¹⁹⁵ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 1.32, 2.01 ss..

¹⁹⁶ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 2.09.

¹⁹⁷ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 2.11.

¹⁹⁸ A decisão que serve de âncora à asserção de BRIGGS é do England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Citibank NA v. MBIA Assurance SA, QVT Financial LP*, [2007] EWCA Civ 11 (2007.01.22). V., para mais referências, ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 2.12. Para breve descrição dos *trusts*, v. KURT LIPSTEIN, "Trusts (Chapter 23)", in KURT LIPSTEIN (CHIEF ED.), *International Encyclopedia of Comparative Law — Volume III - Private International Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, p. 3, e entre nós AFONSO PATRÃO, "Reflexões sobre o reconhecimento de *trusts* voluntários sobre imóveis situados em Portugal", in *BFD*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 361 ss..

Para lá de referências a vários planos dos conflitos de leis em que de algum modo o papel do consentimento é posto em cheque — como pode ocorrer, consoante a perspetiva adotada, com a sua suplantação por via de regras dotadas de especial e necessária imperatividade, pela doutrina do reenvio, pelo esquema de averiguação (no caso inglês, de *alegação e prova*) do direito estrangeiro, pela (não) aceitação da validade de uma escolha de lei em matéria extracontratual, etc. —, BRIGGS menciona o modo como, não só no DIP de *Common Law* mas também na Convenção de Roma, predecessora do Regulamento Roma I, a sensível questão do consentimento na formação de um contrato é abordada, de um ponto de vista de lei aplicável: a solução europeia, hoje consagrada no artigo 10.º de Roma I, traça um compromisso entre a aplicação, em princípio, da “*lei que seria aplicável, por força do presente regulamento, se o contrato ou a disposição fossem válidos*” — *i.e.*, a lei *putativamente competente*, na pressuposição de que o contrato, e assim a *electio iuris* nele contida, são válidos — e a lei da residência habitual do declarante, que a pode invocar “*se resultar que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada no n.º 1*”. Esse compromisso surgiu como a melhor forma de obviar à rigidez que apenas a dita regra do n.º 1 imporia, francamente desfavorecedora da parte que se visse confrontada com a incorreta alegação de que existe uma escolha de lei válida e eficaz no contrato em litígio. Pois não há dúvida de que a proteção desta parte também se deve impor, em respeito pela tutela das suas legítimas expectativas: é verdade que, retomando BRIGGS, *se um contrato é válido*, não se compreenderia como poderíamos sujeitar a apreciação dos diversos aspectos jurídicos dessa relação contratual a uma lei que não aquela que aí é precisamente escolhida; *se, contudo, o contrato é inválido*, seria igualmente censurável aplicar a lei “*que seria aplicável (...) se o contrato ou a disposição fossem válidos*” para determinar o êxito das impugnações dessa mesma validade¹⁹⁹. A solução de Roma I, e já antes da

¹⁹⁹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 2.32. Escreve ainda adiante: “*se as partes não concordam em que celebraram um contrato que as vincula, é difícil ver como pode a lei que*

Convenção de Roma (aí, no artigo 8.º), serve a BRIGGS como demonstração do papel do consentimento: quando ele *de facto* existe, não há, inexoravelmente, qualquer fundamento para uma das partes o negar; pelo que a lei escolhida é plenamente aplicável, em devido respeito pela liberdade contratual. Quando, porém, há um litígio sobre esse consentimento, uma regra como a do artigo 10.º de Roma I afigura-se-lhe apropriada para equilibrar as posições conflitantes de um modo justo²⁰⁰.

Este teste do consentimento (ou melhor, de recompreensão do sistema jurisdicional à luz da ideia de consentimento ou vontade das partes) é estendido ainda a outros domínios, como sucede com o reconhecimento de sentenças estrangeiras. Para BRIGGS, a base ou fundamento do reconhecimento seria o acordo, expresso ou tácito, ou um mero consentimento individual, no sentido de aceitar a vinculação à decisão de um tribunal estrangeiro; impositação que, aparentemente, poderia ter virtualidades ao nível da compreensão e legitimação de alguns dos fundamentos de reconhecimento²⁰¹. De igual modo no domínio da competência internacional, onde BRIGGS interpreta a evolução da *common law* sobre *personal jurisdiction* como partindo historicamente de uma base *presencial* para chegar hoje a uma legitimação fundada no *consentimento do demandado*, ainda que “*com regras adicionais para ampliar a competência internacional sobre certos demandados que não consentem em serem processados em Inglaterra*”²⁰². Não obstante esta ampliação, o conceito central (ao menos nesta particular explicitação das bases da

rege ou regeria o contrato simultaneamente alegado e negado ter algum papel legítimo na resolução da disputa sobre a sua formação. Se uma parte admite que houve negociações mas nega que estas tenham resultado em acordo contratual, por que deveria a lei que regeria o alegado contrato ser usada para testar uma proposição que lhe é, logicamente, anterior?” — o que lhe justifica a afirmação peremptória, que deixamos no original: “*Problems of contractual formation are notorious for throwing up puzzles which test logic to destruction*” — *id.*, *ibid.*, n.º 3.64; e, em variação sobre a mesma ideia, agora no tocante a cláusulas de escolha de lei, *v.*, *v.g.*, n.º 4.59, n. 109.

²⁰⁰ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 2.32, 2.33.

²⁰¹ De todo o modo, estas lucubrações não serão muito facilmente compagináveis com o afirmado fundamento de uma controversa base de jurisdição, a “*tag*” *jurisdiction*, em que releva a “*simple presence*” no território soberano do tribunal que dá a sentença revidenda: *v.* com pormenor ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 2.46 ss., *maxime* 2.52-57.

²⁰² ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 2.62; *v.* n.ºs 2.58 ss..

atual *common law*) é justamente o *consentimento* — algo que nos é ali apresentado como pacífico, e que bem contrasta com a aguerrida discussão estadunidense, onde pelo menos duas construções opostas se debatem, como o acórdão e as declarações de voto em *Nicastro* patenteiam²⁰³.

Frequentemente, os juristas de tradição de *Common Law* expressam as suas desconfianças acerca do modo como o direito jurisdicional europeu se foi desenvolvendo, desde as Convenções de Bruxelas e de Lugano até Bruxelas I (e — não obstante desenvolvimentos com algum relevo para o objeto das críticas — até Bruxelas Ia), pelas consequências desequilibradoras da coerência daquele sistema jurisdicional de longa tradição²⁰⁴. BRIGGS, num primeiro confronto do mesmo com o direito da União Europeia, sublinha a diferença que encontramos entre o discurso jurídico inglês, que encara as regras de jurisdição como a base de direitos e obrigações para as partes, de natureza

²⁰³ SCOTUS, *J. McIntyre Machinery Ltd. v. Nicastro*, 09-1343, 564 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 09-1343) (2011); cfr. LEA BRILMAYER / MATTHEW SMITH, "The (Theoretical) Future of Personal Jurisdiction: Issues Left Open by *Goodyear Dunlop Tires v. Brown* and *J. McIntyre Machinery v. Nicastro*", in *South Carolina Law Review*, vol. 63, 2012, pp. 620 ss.. Sobre a *autoridade jurisdicional* do Estado e seus fundamentos, v. algumas referências em RUI PEREIRA DIAS, "Suing Corporations in a Global World — A Role for Transnational Jurisdictional Cooperation?", in *Yearbook of Private International Law*, Volume 14 (2012/2013), 2013, pp. 495 ss., em particular ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil-Law Systems", in *Recueil des Cours*, t. 295 (2002), 2003, pp. 9 ss.. No que respeita ao teste jurisdicional estadunidense, LINDA SILBERMAN defende, em crítica à posição vencedora em *Nicastro*, que o teste jurisdicional para a competência *específica* passe a contemplar, em sede de "*contactos mínimos*" para efeitos jurisdicionais, uma abordagem centrada na *agregação de contactos* com os EUA, e não nos contactos com um particular Estado. Contudo, SILBERMAN entende que este teste agregador é ajustado à competência *específica*, não já à aferição da competência *geral*: v. LINDA J. SILBERMAN, "*Goodyear and Nicastro*: Observations from a Transnational and Comparative Perspective", in *South Carolina Law Review*, vol. 63, 2012, p. 592, n. 11, e pp. 612-613.

²⁰⁴ É famosa a concessão com que nos brinda o Relatório de Heidelberg, da pena (coordenadora) de três reputados alemães: "It has to be conceded that the *ECJ*'s decisions in *Gasser* as well as in *Turner* and *Owusu* conflict with notions of jurisdictional justice rooted in the common law tradition." — BURKHARD HESS / THOMAS PFEIFFER / PETER SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03, Heidelberg, 2007, p. 189, n.º 428. A dado passo, vigorando a Convenção de Roma e na perspectiva de vir a existir Roma I, comentava BRIGGS, a propósito de um dado problema de qualificação ou *characterisation*: "*Traditional learning about the very infrastructure of the common law conflict of laws will need to [be] unlearned and rewritten to reflect the European legislative reality of choice of law*" — ADRIAN BRIGGS, "The Real Scope of European Rules for Choice of Law", in *Law Quarterly Review*, 119(Jul.), 2003, p. 356.

privada, e a linguagem bruxelense (e luxemburguesa, *i.e.*, na interpretação daqueles instrumentos pelo Tribunal de Justiça), em que se faz referência e se interpretam as regras de jurisdição mormente como instruções *aos tribunais* (regras *de decisão*, poderíamos chamar-lhes²⁰⁵) para que saibam quando devem ou não devem assumir competência internacional. Não, evidentemente, que a legislação e jurisprudência europeias não estejam, no fim de contas, preocupadas com os direitos jurisdicionais das partes, bem pelo contrário: simplesmente, de um ponto de vista técnico-jurídico — ou melhor, de construção do discurso jurídico —, os demandados (de cujo *consentimento* acima se falava, como base do sistema jurisdicional²⁰⁶) são configurados, não tanto como entidades individuais, mas antes como uma espécie de classe *em abstrato*, cuja proteção através do cômputo do sistema jurisdicional instituído por Bruxelas é o ponto fundamental para que esse sistema deva funcionar e assim legitimar o seu funcionamento da liberdade de circulação de decisões judiciais a que o sistema colima²⁰⁷.

3.2. A natureza jurídica dos «agreements on jurisdiction»

É sobre este pano de fundo acerca do papel do consentimento ou vontade das partes que BRIGGS avança com a sua própria concepção acerca da natureza jurídica das convenções jurisdicionais²⁰⁸.

Aqui, embora sejam de encontrar cunhos linguísticas bem diversos, somos trazidos a termos de discussão bem semelhantes aos que perscrutámos ao considerar a posição de

²⁰⁵ V. desde logo JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos de Leis)*, Almedina, Coimbra, 1970 (reimpr. 1998), p. 105, n. 29 ("(...) puras *regulae decidendi* — que se não dirigem às partes, mas ao juiz").

²⁰⁶ V. *supra*, n. 202.

²⁰⁷ V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 2.71 ss..

²⁰⁸ Escreve o Autor que, se puder identificar-se uma questão única subjacente a toda a sua indagação, a resposta obriga a que se comece por inquirir sobre a "juridical nature of jurisdiction agreements": ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 3.08.

WAGNER, que é também a de outros germânicos e continentais em geral: quanto mais *contratual* for a caracterização da convenção sobre a jurisdição, como cláusula inserida num contrato mais vasto, mais forte será a justificação para resolver os problemas de regime à luz do direito civil ou privado comum²⁰⁹.

A tradicional impositação de *Common Law* incorpora uma visão contratual, que vê a convenção jurisdicional como parte dos *terms of the contract*, a par dos demais²¹⁰. A esta visão interessa uma análise da *separabilidade (severability)* do acordo jurisdicional, noção enraizada no direito arbitral, mas também comumente aceite no direito da competência judicial internacional, como aliás a recente evolução europeia demonstra através da introdução do novo n.º 5 do artigo 25.º de Bruxelas Ia.

Ao verificar a estranheza que pode ser causada pela circunstância de, na base do princípio da separabilidade, termos uma *parte de um contrato* (a cláusula jurisdicional) que *sobrevive* à eventual invalidade de todo o resto, sendo que naturalmente (ou, pelo menos, muitíssimo provavelmente) o *todo* foi negociado *como um todo*, BRIGGS vê o princípio da separabilidade como uma conquista da “*praticalidade comercial*” e do “*bom senso*”, e não tanto de uma robusta construção teórica, uma vez que a teoria lhe aparece aqui colocada “*ao serviço do pragmatismo*”²¹¹. A própria doutrina civilística de *Common*

²⁰⁹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 3.08. Recordemos que, para WAGNER, historicamente, foi a urgência em encontrar soluções de regime no direito civil comum, ausentes (no imediato) do processo civil, que levou a construções dogmáticas, quer importadoras para o processo da categoria dos contratos processuais vinculativos (*Verpflichtungen*), quer caracterizadoras dos contratos jurisdicionais como *contratos de direito material* e não contratos processuais: v. *supra*, pp. 90 ss..

²¹⁰ V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 4.04 e *passim*; ADRIAN BRIGGS / PETER REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5th ed., Informa, London, 2009, n.º 2.113; ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2014, n.º 4.204.

²¹¹ Aliás, o Autor deixa nota de que o princípio da separabilidade não é necessariamente o único expediente para chegar à solução pretendida: porém, se ele “é a chave para um resultado sensato, que assim seja” — v. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., p. 67, n. 27 (n.º 3.12), n.º 3.19 e *passim*. O Autor elabora de novo sobre o ponto, já confrontado com o novo artigo 25.º, n.º 5, de Bruxelas Ia, abrindo como que duas outras alternativas fundantes desta solução, a par de um “princípio de separabilidade”, a saber, a “ordem pública” ou simplesmente uma “regra legislativa”. Nas suas palavras: “It would make no sense for a challenge to the validity of the contract to pull the jurisdictional rug from beneath the court which was supposed to be the one to rule on that challenge. Whether this conclusion proceeds from a principle of separability, or from public policy, or from a legislative rule, it all comes to the

Law permite ir nessa direção, colocando no mesmo plano, como obrigações *accessórias* (*ancillary*) que por isso sobrevivem à extinção do contrato, o pacto de jurisdição e, v.g., uma obrigação de a parte conservar registos que permitam a verificação dos direitos e obrigações nascidos na pendência do contrato²¹². Pois bem: para BRIGGS, quer a *separabilidade*, quer a *accessoriedade* servem os intentos desejados, sendo a *final* decisiva (não surpreendentemente) a *interpretação do contrato* em particular²¹³. Referindo-se à evolução e às principais “*autoridades*” judiciais da *common law* reinunidense sobre separabilidade²¹⁴, BRIGGS detém-se no conhecido acórdão *Premium Nafta*²¹⁵, um dos casos-escola no direito da arbitragem internacional na defesa da separabilidade (insulando, e assim protegendo, a convenção arbitral do *contágio infeccioso* que de outro modo lhe tocaria pela proximidade com o resto do clausulado invalidado), por contraste com o estado da arte no que respeita à separabilidade *do pacto de jurisdição*, em relação à qual as fontes jurisprudenciais são comparavelmente muito mais escassas²¹⁶. Ainda assim, no plano das regras de Bruxelas antes de 2012, sobretudo após o acórdão *Benincasa*²¹⁷,

same thing: a challenge to the validity of a contract is not, *ipso facto*, a challenge to the jurisdiction of a court designated by a term of that contract." (ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.203).

²¹² Assim v.g. GUENTER H. TREITEL / EDWIN PEEL, *The law of contract*, 18th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011, n.º 18-014, com indicações jurisprudenciais (nn. 91-92).

²¹³ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 3.22.

²¹⁴ *Id.*, *ibid.*, n.ºs 3.24 ss.

²¹⁵ Que começa como *Fiona Trust* mas fica sobretudo conhecido sob *Premium Nafta*, no acórdão tirado pela *House of Lords* em 2007 (*House of Lords, Premium Nafta Products Limited et al. v. Fili Shipping Company Limited et al.*, [2007] UKHL 40 (2007.10.17)). Também e ainda sobre este, cfr. ADRIAN BRIGGS, "The subtle variety of jurisdiction agreements", in *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, 2012, pp. 364 ss..

²¹⁶ V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 3.24 ss., 3.37.

²¹⁷ TJUE, *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, C-269/95 (1997.07.03), onde a *separabilidade* é claramente afirmada nos n.ºs 24 (importa distinguir "*pacto atributivo de jurisdição*" e "*disposições materiais do contrato*"), 25 (aquele rege-se pelas disposições bruxelenses, estas pela *lex causae* determinado pelo DIP do Estado do foro) e 29: "*O artigo 17.º da Convenção tem por objectivo designar, de forma clara e precisa, um tribunal de um Estado contratante que seja exclusivamente competente em conformidade com o acordo de vontade das partes, expresso segundo as condições de forma rigorosas aí mencionadas. A segurança jurídica pretendida por essa disposição podia facilmente ficar comprometida se se reconhecesse a uma parte contratante a possibilidade de se subtrair a essa regra da Convenção através*

não haveria razões para duvidar²¹⁸ que o pacto de jurisdição regulado por esse Regulamento seria também *autonomizável*. Com Bruxelas Ia, a questão hoje nem sequer se coloca: o artigo 25.º, n.º 5, prevê pela primeira vez expressamente que “[o]s pactos atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como acordo independente dos outros termos do contrato. A validade dos pactos atributivos de jurisdição não pode ser contestada apenas com o fundamento de que o contrato não é válido”²¹⁹.

Das suas ponderações nesta sede, BRIGGS retira a ideia fundamental de que a *adjudicação* por via *judicial* não deve ser vista, em particular no confronto com a *arbitral*, como um mecanismo que confira relativamente menor valor ao acordo das partes, mormente em matérias comerciais, só por isso que, na realidade, aquela nos apresenta um catálogo de regras *take-it-or-leave-it*, ao passo que a arbitragem é reconhecidamente bem mais *tailor-made* (ou melhor, digamos, passível de um tal *tailoring*). A insistência é, pois, em que aquela já aprendeu muito com esta, o que é particularmente notório em matéria de separabilidade²²⁰.

Estreitamente relacionada com esta visão francamente contratualista, é agora de reter do pensamento de BRIGGS a singular anatomia que nos propõe para o acordo: nas suas palavras, *one contract but several agreements*. Isto é: ainda que o “*mais importante*” seja normalmente o acordo entre as partes sobre as obrigações a que “*primariamente*” se

da alegação da nulidade de todo o contrato com base em razões que decorrem do direito material aplicável.”

²¹⁸ Ponto diverso é a resposta à questão de saber se o arrazoamento do TJUE se baseia na ideia de *separabilidade* ou *autonomia* em si mesma, como os estudiosos desta matéria usualmente a caracterizam, ou antes, como também ou até sobretudo nos parece — ainda que tal não resulte inequivocamente explicitado dos dizeres do Tribunal — numa preocupação, relacionada com o direito aplicável e a possível tensão entre os direitos materiais nacionais e o direito da União Europeia, de não permitir que as regras de jurisdição de direito da União Europeia sejam *circundadas* pela aplicação de direito interno pelos tribunais nacionais.

²¹⁹ À bem estabelecida autonomia da cláusula arbitral, e à hoje também já legalmente consagrada autonomia do pacto de jurisdição, BRIGGS junta ainda, na sua teorização, a cláusula de escolha de lei. Sobre esse outro ponto, podem ler-se, na *ob. cit.*, os n.ºs 3.49 ss.

²²⁰ V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 3.79.

vinculam entre si, há ainda, eventualmente, um segundo “*acordo*” que incide sobre as exatas consequências de um incumprimento contratual, bem como, em terceiro e último lugar, um “*acordo que define o quadro para a resolução de litígios*”²²¹. Depois de inculcar de novo o “mantra” da separabilidade — dizendo, neste contexto, que não há motivo para supor que a validade daquele *acordo sobre a resolução de litígios* esteja dependente da validade do “*contrato*” de onde o litígio nasce²²² —, BRIGGS não deixa de afirmar uma qualificação *contratual* do referido acordo jurisdicional e desfia o novelo de consequências tipicamente daí advenientes, ao acrescentar que tão-pouco será de aceitar a perspectiva de que esse acordo é inidóneo para dar origem a obrigações, quer “*primárias*”, quer “*secundárias*”; que a ele é também devida “*fidelidade*” e “*observância*”; e que as normas sobre vícios de vontade podem “*modificar a validade e executoriedade do acordo*”, tudo isto em aproximação expressa do regime da arbitragem, mais sedimentado nestes aspectos que o do pacto de jurisdição (ou ainda o da cláusula de escolha de lei, que BRIGGS trata em simultâneo)^{223/224}.

3.3. Em particular, as convenções jurisdicionais à luz de Bruxelas I

Se há autores que, recordemos, não autonomizam o tratamento dos pactos de jurisdição *regulados por Bruxelas* (então a Convenção de 1968, hoje o Regulamento Bruxelas Ia) no que respeita à sua *natureza jurídica* — sem ignorar as suas especialidades, é certo, mas, designadamente no caso de WAGNER, apenas tocando no

²²¹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 4.64.

²²² *Id.*, *ibid.*, n.º 4.65.

²²³ *Id.*, *ibid.*, n.ºs 4.66-4.68.

²²⁴ No direito jurisdicional em matéria civil e comercial da União Europeia, como veremos, vai-se afirmando a ideia de que, para *fortificação* de um pacto de jurisdição, é admissível convencionarem-se cláusulas penais, a serem acionadas aquando do inadimplemento daquele por apresentação de demanda em tribunal não escolhido. Menos consensual é a tutela indemnizatória perante tais condutas, na ausência de uma cláusula contratual que a estipule. V. *infra*, pp. 504 ss..

assunto quando alude à questão da *lei aplicável* e sem que aí divise uma diferença estrutural²²⁵ —, já BRIGGS nos dá conta do seu entendimento muito próprio acerca de como, afinal, a regulamentação que encontramos em Bruxelas I (então no artigo 23.º, hoje 25.º em Bruxelas Ia) teria moldado *com feições originais* (sobretudo por intervenção do Tribunal de Justiça da UE) a *natureza jurídica* do “pacto” de jurisdição, que, no fim de contas, poderia nem sequer qualificar-se como verdadeiro *pacto*.

Mais do que uma perscrutação da *common law* inglesa aos olhos do Autor (para lá dos aspectos gerais sobre a construção dos mecanismos de eleição de foro, sobre o pano de fundo do *consenso*, como acabámos de ver), interessar-nos-á, tal qual anunciado enquanto linha geral, esta análise de BRIGGS centrada no direito jurisdicional da União Europeia²²⁶.

Ora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça acerca dos antecessores do atual artigo 25.º revelaria a tensão fundamental que subjaz aos pactos de jurisdição em geral, e ao papel dos mesmos dentro do esquema normativo de Bruxelas Ia. BRIGGS parte da premissa de *common law* no sentido de que esses pactos são “*contractual in nature*”, pelo que as regras gerais de direito (civil) dos contratos aplicar-se-iam. Reconhece, porém, que, se o propósito de Bruxelas I é, tanto quanto possível, atingir os objetivos de *uniformidade na aplicação da lei* e de *previsibilidade dos resultados*, então é necessário *destacar e distanciar* o atual artigo 25.º das leis nacionais de cada tribunal demandado (*rectius*, das leis designadas pelas regras de conflitos, em vigor em cada ordem jurídica, na matéria da formação do contrato). Todavia, o enfraquecimento, ou quebra, do *ligâmen* entre o artigo 25.º e os direitos materiais nacionais pode dar azo a resultados “*esquizofrénicos*”, uma vez que terá de ser erigido um “*ponto de referência alternativo*”²²⁷.

Para ilustrar, com propriedade, como o Tribunal de Justiça por vezes responde ao tribunal nacional quando uma parte nega a sua vinculação a um pacto de jurisdição,

²²⁵ V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 377-384.

²²⁶ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.01 ss..

²²⁷ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.05.

BRIGGS coloca imaginariamente na boca do juiz a questão: “*se fazia parte do acordo, e tu deverias saber que estava lá, então debes fazer o que acordaste*”²²⁸. Merecedora de ligeira mas significativa correção é a referência, para exemplo disto mesmo, a *Powell Duffryn*²²⁹, que não nos parece perfeita — a não ser que se substitua uma só palavra, por sua vez bem demonstrativa de quão longe o Tribunal avança nesse aresto: “se fazia parte do acordo, *ou* tu deverias (na perspectiva do Tribunal de Justiça) saber que estava lá, então debes fazer o que «acordaste»”.

O artigo 25.º determina a competência internacional de um tribunal quando assim *convencionado (agreed)* pelas partes; não requer, porém, na leitura de BRIGGS, um “acordo *contratual*” (“*contractual agreement*”), e isso estaria manifesto na jurisprudência que, admitindo a não vinculação de uma parte a uma cláusula de jurisdição, a “salva” de uma “análise puramente *contratual*”²³⁰. Assim, duas grandes preocupações deveriam enformar a análise que importa empreender. Primeiro, a questão de saber se existe um pacto de jurisdição, para efeitos do artigo 25.º, deve ser “*isolada das idiossincrasias e contradições*” dos direitos materiais nacionais dos contratos. Segundo, “*um tribunal deve ter cuidado com o labirinto*”, isto é, “*deve evitar ter que decidir se existe um contrato*

²²⁸ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.06, em texto e n. 15.

²²⁹ O Autor, aliás, nem sempre encarou esta decisão da mesma forma, vendo-se uma evolução de pensamento, designadamente, entre os dois seguintes passos, de 2008 e 2012, quanto à *sofisticação* que o Tribunal europeu está a exigir ou pressupor na pessoa do acionista: “*No distinction may be drawn in terms of the sophistication of the shareholder or customer, for share ownership is not the privilege of the educated few, and the habit of purchasing goods without reading the documents is not confined to those who left school at sixteen*” (ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.46); compare-se com: “*Once again, it would be just too bad for the shareholder, of whom a reasonable degree of sophistication may be taken for granted, to be free to pick and choose from among the parts of the bargain*” (ADRIAN BRIGGS, “The subtle variety of jurisdiction agreements”, cit., p. 380).

²³⁰ *Rectius*, diríamos que nos arestos citados — TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., TJUE, *Galerias Segoura*, 1976.12.14, cit. — o desenvolvimento de padrões autónomos de interpretação do então art. 17.º da Convenção de Bruxelas “salvou” o contraente de uma *particular* lei nacional aplicável ao contrato, que poderia efetivamente (seria com probabilidade o caso da lei inglesa) ir no sentido da existência de vinculação, mas que poderia também, neste ou noutros casos, ir no sentido inverso — isto é, “salva” os contraentes de uma análise à luz de um particular estatuto *contratual*, que poderia prever condições diversas (e diferentes entre os Estados-Membros, diferença essa que justamente se pretende assim evitar) quanto à validade e eficácia da cláusula.

válido e vinculativo em ordem a saber se tem competência para decidir se existe um contrato válido e vinculativo: o que quer que seja que o artigo 23.º [de Bruxelas I] exige a um tribunal, não pode ser isso". É que, como é sabido, verificadas que estejam as condições de validade e eficácia do pacto de jurisdição, o tribunal não tem (a uma primeira leitura) qualquer margem modeladora: o exercício de autonomia privada em matéria jurisdicional impõe-se. Ora, se assim é, os mecanismos para assegurar que o acordo das partes foi efetivo deverão ser "*robustos*", mas "*não mais complicados*" que o que é exigido pela garantia dos fins que eles servem²³¹. Em suma, a relação entre o atual artigo 25.º e o direito dos contratos é indubitavelmente "*uneasy*"²³²; e pode dizer-se que não há indicações de que a reformulação de Bruxelas I tenha *de pleno* afastado todas as dificuldades²³³.

É por tudo isto que BRIGGS alude a uma outra perspetiva possível, que considera "*particularmente importante quando estamos a examinar a função das cláusulas jurisdicionais dentro do esquema do Regulamento Bruxelas I*". Nessa perspetiva, o ponto de partida é a *regra geral do domicílio do réu* (constante hoje do artigo 4.º), cujo afastamento pode justamente ter lugar por via do pacto de jurisdição. Mas "*a verdadeira questão poderá ser se existe, entre as partes, suficiente 'entendimento comum' (common understanding) de que os tribunais de outro Estado-membro terão competência, de modo a justificar-se o afastamento da regra geral do domicílio*"²³⁴. Pois bem: se um *contrato*, "*válido e vinculativo*", é muitas vezes *suficiente* para afastar a regra geral, nem sempre será assim; e pode mesmo não ser *necessário*, para o que Briggs convoca a referência, no

²³¹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.03. Em apoio jurisprudencial a esta asserção, podemos encontrar v.g. TJUE, *Benincasa*, 1997.07.03, cit., n.º 27: "O facto de o juiz nacional a quem foi submetida a questão poder facilmente pronunciar-se sobre a sua própria competência com base nas regras da Convenção, sem ser obrigado a proceder a um exame do processo quanto ao mérito, também obedece a este espírito de segurança jurídica."

²³² ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.08.

²³³ Cfr. tb. PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen vor abredewidrigen Klagen durch Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F.", in *RIW*, 2015, p. 21.

²³⁴ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.08.

texto do n.º 1 do hoje artigo 25.º, a “*uma determinada relação jurídica*”. É que, argumenta o Professor de Oxford, esta expressão extravasa em muito as *relações contratuais*, pelo que não haveria que amarrar a interpretação da norma num “*colete-de-forças contratual*”. Isto é: pode haver outras formas (não contratuais) de evidenciar o “*entendimento comum*” a que as partes chegaram; pode haver “*uma forma distinta de justificar a visão de que elas sabiam, ou deveriam ter sabido, que os seus comportamentos (dealing) seriam tomados por um acordo*”, suficiente para que o tribunal lhe dê efeitos jurisdicionais — tudo isto porque “*a identificação de algo como um acordo não é tarefa exclusiva do direito dos contratos*”²³⁵.

Numa análise da estrutura do então artigo 23.º de Bruxelas I, BRIGGS sintetiza-a na exigência de identificação de uma “*determinada relação jurídica*”, definidora do escopo do pacto de jurisdição; no acordo (*agreement*) na escolha do tribunal (ou dos tribunais) de um Estado-membro; e num conjunto de requisitos formais, que estariam sobretudo (embora não exclusivamente) relacionados com a redução a *escrito*²³⁶. São, portanto, pressupostos a serem demonstrados por quem reclama o poder de demandar junto de certo tribunal: (i) a inclusão do litígio dentro do perímetro da “*determinada relação jurídica*”; (ii) a existência de acordo na escolha do foro demandado; e por último (iii) o preenchimento das formalidades exigidas para esse acordo. Se, porém, em teoria este *iter* pareceria linear, a verdade é que, como sublinhámos também, a intervenção do Tribunal de Justiça nem sempre contribuiu para a clarificação do regime aplicável.

Segundo BRIGGS, *acordo (agreement)* e *forma (formality)* aparecem “*separados e distintos*” no artigo 23.º de Bruxelas I. Não é suficiente a demonstração de que há um

²³⁵ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.08. Neste particular encontramos uma ressonância do que, ainda que com um entorno bem diverso, escrevia WAGNER sobre os *contratos processuais* e como não seria necessário, ao contrário do que historicamente alguns consideraram, qualificar o contrato processual como *jurídico-material* para efeitos de poder aplicar as normas de direito civil que regem os contratos, na ausência de regulamentação especificamente traçada no domínio processual civil: v. *supra*, n. 174 e texto correspondente.

²³⁶ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.09.

acordo se não forem preenchidos os requisitos de *forma*; e tão-pouco é suficiente, ou pelo menos “*assim parece*”, que os requisitos de *forma* estejam satisfeitos, se não tiver havido *acordo*.²³⁷ A rigidez com que, porém, a jurisprudência do Tribunal de Justiça procurou deduzir do cumprimento de certas formalidades a efetiva existência de consentimento tem uma razão de ser, que é a de obviar à invocação das normas materiais nacionais que pudessem conduzir à sua não vinculação ao acordo, assim minando os objetivos de Bruxelas. Há, pois, acrescentamos, uma preocupação dúplice do Tribunal, que é a de simultaneamente indagar a mais justa interpretação da letra do artigo 25.º, sem contudo perder de vista a conveniência de *fortificá-lo* contra eventuais investidas de direito material nacional. De todo o modo, insiste-se, a *necessidade de demonstrar o acordo* e a *necessidade de demonstrar o cumprimento das formalidades* deveriam manter-se como questões distintas²³⁸.

O estudo do Autor inglês vai então ser orientado para procurar demonstrar que se a análise à luz das regras civis nos apresenta um contrato, que inclua um acordo sobre jurisdição, este pode todavia não satisfazer os requisitos do artigo 23.º de Bruxelas I, por vezes mais exigentes. Se aquela análise permite identificar um contrato mas não o aludido pacto jurisdicional, não resulta daí necessariamente que não haja, na verdade, uma “convenção” para os efeitos do artigo 23.º; e o mesmo se dirá ainda (*i.e.*, poderemos ter “convenção” jurisdicional) quando nem sequer, naquela análise, teríamos um contrato. Ou seja: “*os requisitos do artigo 23.º sobrepõem-se, mas não são congruentes com*^[239] *as regras que determinam se, e em que termos, as partes se obrigaram mutuamente por contrato*”²⁴⁰.

²³⁷ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.10; assim tb. p. ex. ULRICH MAGNUS, “Art 25”, cit., n.º 90 (“Where an agreement is lacking the form alone does not suffice.”).

²³⁸ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.12.

²³⁹ A expressão “congruência” parece ser aqui usada num dos seus sentidos *matemáticos*, enquanto a relação que se traduz pela *sobreponibilidade* de duas figuras geométricas, que aqui portanto (entre requisitos do artigo 23.º de Bruxelas I e normas nacionais sobre contratos) não seria perfeita.

²⁴⁰ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.14.

É a demonstração deste ponto que BRIGGS pretende fazer, partindo do exame da eventual alegação de uma parte de que, apesar de surgir como aparente o preenchimento das formalidades do artigo 23.º, o tribunal deveria tomá-lo por incumprido, e abordando os casos em que, ao invés, não sendo clara a existência de acordo “*por escrito ou verbalmente com confirmação escrita*”, uma parte alega o preenchimento dos requisitos do artigo 23.º de Bruxelas I.

Começa por sublinhar-se que a *separabilidade*, já antes descrita e justificada, e que leva à afirmação de que a invalidade do “*contrato principal*” não impede a existência de um acordo sobre a jurisdição, não determina necessariamente que, dada a aparência de termos algo escrito ou confirmado por escrito, as partes tenham *efetivamente acordado* sobre esse ponto. De acordo com a disposição de Bruxelas, a exigência formal de redução ou confirmação a escrito é “*claramente distinta*” (da existência) do acordo propriamente dito; pelo que haverá que encontrar-se um esquema para que o juiz possa lidar com um argumento credível de que, independentemente da existência de um escrito, não houve acordo quanto à escolha do tribunal em questão.

É aqui que a resposta do Tribunal de Justiça não é, para BRIGGS, ainda suficientemente clara: a insistência numa “*abordagem uniforme*” não é plenamente acompanhada por uma definição do que essa “*abordagem*” envolve ou impõe. Por um lado, BRIGGS desvaloriza o problema em grande parte dos casos, lembrando que, a partir da afirmação da *separabilidade*, são limitadas as possibilidades de arguir a não admissibilidade de um pacto de jurisdição que numa primeira aparência tenha feito parte do acordo global; e que tão-pouco será significativamente diferente a litigância nos tribunais deste ou daquele Estado-membro, que é o que efetivamente estaria em causa²⁴¹. Por outro lado, todavia, BRIGGS preocupa-se com os casos em que o réu alega genuinamente a inexistência, de todo, de um qualquer contrato — seja, por exemplo,

²⁴¹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.19 — opinião do Autor conscientemente controversa, bem entendido (“*Though it may go against the grain of international commercial litigation practice to accept it, it will not often matter very much*”).

porque a sua assinatura foi falsificada, ou porque foi obtida sob coação. A verdade é que tais argumentos, na linha da jurisprudência do Tribunal, se dirigem ao contrato como um todo e não particularmente ao acordo jurisdicional, pelo que seriam em primeira linha rejeitados por observância do princípio da separabilidade. Mas a verdade está igualmente em que *"não parece justo que uma pessoa, que diz que o seu aparente acordo na atribuição de jurisdição a um tribunal foi conseguido através de um truque, deva ser tida como havendo prorrogado a jurisdição desse tribunal; não parece justo que uma pessoa que diz ter assinado o seu consentimento sob a mira de uma arma deva ser tida como havendo consentido em tal jurisdição"*²⁴².

No ensaio de uma resposta, BRIGGS encontra no artigo 23.º de Bruxelas I a regra de que é a *convenção*, o *agreement* das partes que tem que constar de escrito ou ser confirmado por escrito, o que seria *"bem distinto de exigir que a cláusula jurisdicional esteja ela própria em forma escrita"*. E haverá casos em que *"não há confortável garantia de que houve um genuíno acordo"*, casos esses que necessitam de ser tratados *"de um modo que devidamente proteja os direitos processuais das partes"*. Como antes dito, a separabilidade em face do contrato principal pode dificultar a solução; mas *"se puder ser mostrado que foram ditas mentiras sobre o acordo jurisdicional, ou que foi exercida uma pressão imprópria na obtenção da aparência escrita do acordo, tal comportamento deveria obviar à aplicação do preceito porque não deveria ver-se aqui um acordo sobre a jurisdição do tribunal"*²⁴³.

É certo que esta resposta dificilmente poderia ser extraível da interpretação dos requisitos de forma do artigo 25.º de Bruxelas Ia; mas a proposta de BRIGGS é justamente a de que não deve ser essa a via. Com efeito, as formalidades aí exigidas visam garantir que o acordo obtido se impõe ao sujeito que nele foi parte, e não minar (*undermine*) a própria exigência de um acordo. Daí que fosse preferível extrair aquela resposta da

²⁴² ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.21.

²⁴³ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.24.

indefectível exigibilidade de um acordo, e não propriamente da questão de saber se há um escrito ou uma confirmação por escrito. Ora: se tais exigências não podem ser introduzidas como parte da lei nacional sobre o que constitui um acordo (e, de facto, parece ainda hoje que em geral não podem, não obstante as dúvidas sobre o alcance da nova regra de conflitos do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia²⁴⁴), nem tão-pouco valer (em resultado da *separabilidade*) quando dirigidas ao contrato *por inteiro*, como será na prática mais verosímil, então a única via que remanesce é a de considerar *inexistente* o acordo sobre jurisdição, quando elas não sejam respeitadas²⁴⁵.

Pois bem: é em ordem a este objetivo que BRIGGS avança como "possibilidade" a de "arguir que embora haja escrito, ou mesmo o tipo certo de escrito (*or even the right kind of writing*), pode haver circunstâncias em que constituiria má-fé, por parte de quem defende o acordo, invocar a suficiência do escrito". O "*precedente*" identificado, neste recurso à boa fé, é *Berghoefer*²⁴⁶, ainda que não diretamente, mas antes por "*paridade de razão*". No entanto, ainda que nutramos prudente simpatia pela ideia fundadora de um tal recurso, a verdade é que este particular apoio jurisprudencial é francamente falho para o efeito, como veremos²⁴⁷.

²⁴⁴ Assim ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 79a.

²⁴⁵ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.25.

²⁴⁶ TJUE, *F. Berghoefer GmbH & Co. KG v. ASA SA*, C-211/84 (1985.07.11). V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.26.

²⁴⁷ V. *infra*, texto correspondente às nn. 625 ss.. Noutro escrito, BRIGGS volta à ideia de um "princípio universal" contrário a exercícios de má-fé, embora os termos exatos defendidos não sejam claros — descansa-nos quanto à compreensão do inglês a circunstância de que o próprio *Court of Appeal* cite "an autonomous principle by which one party cannot rely on the written manifestation of consent by the other party, because to do so would be an exercise of bad-faith", nos seguintes cuidadosos termos: "I take this to be the effect of fn 87. But none of the cases referred to advance the present argument (...)". Cfr. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky et al.*, [2013] EWCA Civ 784 (2013.07.02), n.º 64 e n. 35. Na referida "footnote" 87, escreve BRIGGS o seguinte: "To the extent that we need laws to explain when writing, seemingly present, does not count, it will be accomplished through the principle that if it is bad faith to plead that there was an agreement in writing, or bad faith to plead that there was no agreement in writing, to the jurisdiction of the court, then *the universal principle which prevents persons getting away with exercises of bad faith will see to it (...)*" — sublinhámos. Cfr. ADRIAN BRIGGS, "The subtle variety of jurisdiction agreements", cit., p. 379; e tb. RICHARD FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., n.ºs 2.106 ss..

Ao lidar ainda com as dificuldades colocadas, neste contexto normativo, por uma alegação de inexistência em absoluto de um acordo, BRIGGS constrói sobre as bases já explanadas a sua noção de *acordo* ou *convenção* para efeitos do então artigo 23.º de Bruxelas I. Começa por lembrar a conhecida formulação de que o consentimento tem que ser manifestado de maneira *clara e precisa*²⁴⁸, sublinhando porém as suas dúvidas sobre o que é necessário para satisfazer um tal requisito. A tendência da jurisprudência inglesa²⁴⁹ aponta para uma análise à luz da *lex contractus*, em termos semelhantes aos da inclusão ou não de uma qualquer cláusula "substantiva" no contrato, no pressuposto de que, se a cláusula se tornou parte integrante do contrato, e independentemente da separabilidade, o requisito do *acordo* ou *convenção* está satisfeito²⁵⁰. Mas, avança, o acordo (enquanto *agreement*, lembramos, portanto num sentido próximo de *concordância*) pode ser *claro* e ser *preciso* mesmo que não passe naqueles testes *substantivos* à luz da *lex causae*. Pelo que a pergunta a colocar seria então a de saber se foi dado por uma parte um *suficiente aviso* (*sufficient notice*) da intenção jurisdicional subjacente ao "acordo", e bem assim se a outra parte *compreendeu* e *assentiu* nesta *manifestação de vontade jurisdicional* (*jurisdictional willingness*), de modo *suficiente* a afastar a regra geral de competência hoje no artigo 4.º, ou as regras especiais dos artigos 7.º a 9.º de Bruxelas Ia. Tratar-se-ia, não de uma estipulação contratual, mas antes de um ato de *notify-and-assent-to the jurisdictional provision*²⁵¹. E assim se explicaria a conformação dos requisitos que aparentam ser *formais*, mas vão para lá da *pura forma*, do artigo 25.º: se o "acordo" aí exigido fosse verdadeiramente *contratual*, as exigências de forma não poderiam substituir a necessidade de satisfazerem-se os requisitos constantes das regras (nacionais) sobre o consentimento contratual, e a insistência do Tribunal de Justiça em que o atual artigo 25.º seria suficiente garantia da existência de consentimento não convenceria. Pelo contrário, a

²⁴⁸ V. já *supra*, n. 40.

²⁴⁹ Documentada em ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., p. 253, n. 43.

²⁵⁰ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.29.

²⁵¹ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 7.30, 7.34, 7.32.

coerência do sistema seria encontrada numa interpretação do artigo 25.º como exigência de que seja dado um *suficiente aviso*, e uma *suficiente oportunidade de receber esse aviso*, quanto à intenção jurisdicional de cada uma das partes²⁵²; aviso esse que funcionaria como a *renúncia a um privilégio jurisdicional (waiver of jurisdictional privilege)*, o privilégio que consiste, nos termos gerais, em poder recorrer às (ou beneficiar das) regras de competência dos artigos 4.º e 7.º a 9.º de Bruxelas Ia. Um pouco ao jeito do *Gesamtakt* da processualística alemã²⁵³, diríamos, "é como se a parte em causa estivesse a comunicar esta renúncia (waiver) ao tribunal, não à sua contraparte"²⁵⁴. O pressuposto é aqui o de que existe uma *regra jurisdicional fundamental*, constante do artigo 4.º (competência do tribunal do domicílio do réu), e que as partes pretendem *criar uma exceção a essa regra*, conforme admitido pelo Regulamento, e não propriamente *criar direitos jurisdicionais*. Por fim, a contradição com o teor *literal* do atual artigo 25.º de Bruxelas Ia é assumida, ao menos "to some extent": onde se lê oficialmente "se as partes (...) tiverem convencionado", BRIGGS entrele "se a parte que será limitada (*confined*) ... tiver declarado a sua vontade (*willingness*) de aceitar"²⁵⁵.

²⁵² É bem de ver que esta construção é favorecedora da admissibilidade de *one-sided jurisdiction clauses*, como aliás é correntemente aceite em Inglaterra, mas foi negado pela *Cassation* francesa: v. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.190, e já tb. ADRIAN BRIGGS, "One-sided jurisdiction clauses: French folly and Russian menace", in *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, 2013, pp. 137 ss..

²⁵³ V. *supra*, texto em torno da n. 136.

²⁵⁴ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.38. FRANCESCA C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Cedam, Milano, 2012, fala a propósito em "atos unilaterais paralelos" (p. 47).

²⁵⁵ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 7.38, 7.36.

4. Crítica. A antecedência lógico-normativa da autonomia privada, atuada nas convenções jurisdicionais, em relação à «ordenação legal de competências»

4.1. Ponto de partida para a crítica

A eleição deste conjunto de perspectivas a que até aqui mais particularmente dedicámos a nossa indagação, longe de pretender arvorar cada uma delas em representante primordial de uma visão caracterizadora de uma respetiva ordem jurídica, permite-nos colocar em destaque a comum característica de, conquanto não forçosamente convocando a nossa inteira concordância — seja porque em certos pontos francamente discordamos, seja porque trazem elementos ao debate sobre os quais ora não se impõe, justifica ou logra uma tomada de posição —, revestirem-se todas de um singular interesse do ponto de vista da construção e discussão dogmática. A ponto de que, a partir da mais ou menos ampla crítica que nos merecem, esperamos ser capazes de pôr em relevo os aspectos da discussão sobre a natureza jurídica das convenções jurisdicionais que efetivamente importam para nos definirmos sobre o regime a que justamente as deveremos sujeitar. Isto sempre sem esquecer que, ulteriormente, como anunciámos, será necessário conformar o quadro assim desenhado com as especificidades jurídico-societárias.

Encontramos, com certeza, em tudo quanto acabamos de expor, variados contributos preciosos para a compreensão do esquema jurisdicional de Bruxelas Ia, em particular no que diz respeito à natureza jurídica e ao regime dos pactos de jurisdição. Mas há um aspecto fundamental que importa antes de mais entreter, e que pode ser o ponto de partida para a negação de certos pressupostos em que parecem assentar tanto WAGNER como BRIGGS, ainda que com matizes francamente distintas.

Referimo-nos, nestes Autores, a uma expressa colocação da *autonomia privada*, que está indiscutidamente na base dos *atos* ou *contratos* jurisdicionais com que lidamos, num papel *secundário*, por referência à *ordenação legal de competências* (WAGNER)²⁵⁶, ou ao *quadro jurisdicional fundamental* (BRIGGS)²⁵⁷, determinado, no contexto que em particular ora nos interessa, por Bruxelas Ia.

Pois bem: uma tal secundarização da autonomia privada é incompatível com o primado lógico-normativo que se impõe reconhecer-lhe. O estudo do problema poderia servir de pretexto para dar azo a considerações metodológicas e filosóficas mais vastas; bastar-nos-emos, contudo, para os objetivos ora pretendidos, com o sublinhado do papel fundamental, diríamos *jurisgénico*, da autonomia privada, conforme manifestado nas relações privadas internacionais em uma *liberdade de escolha* que assenta os seus alicerces no "*direito pré-estadual dos indivíduos de sujeitarem-se a uma particular ordem jurídica positiva através de atos de volição privada*"²⁵⁸.

4.2. Os contributos de MANCINI, JAYME e BASEDOW

Acabámos de citar BASEDOW no seu ensaio de identificação das fundações teóricas do princípio da autonomia privada, em que equilibradamente se debate com a definição dos contornos a reconhecer à intervenção *estadual*, para a salvaguarda de diversos interesses, sem porém deixar de estabelecer a prioridade — a *pré-estadualidade*

²⁵⁶ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 30, 557, *passim*.

²⁵⁷ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.35 e *passim*.

²⁵⁸ JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law", in *Recueil des Cours*, t. 360 (2012), 2013, p. 205.

— da liberdade individual subjacente ao exercício de uma *liberdade de escolha*, manifestação cimeira, no nosso contexto, da autonomia privada²⁵⁹.

Dois grandes pontos tratados por BASEDOW merecem aqui alusão (a partir da qual poderemos formular uma crítica), designadamente a destrição entre concepções *a priori* e *derivadas* de autonomia privada, e bem assim, com ela estreitamente relacionada, a caracterização ou qualificação dos acordos que versam sobre a escolha de lei.

Antes de mais, a aludida clarificação conceitual acerca do que se entende por *autonomia privada* neste contexto é verdadeiramente útil. Aí se recorda uma diferenciação que remonta, em formulação conhecida, a Ernst FRANKENSTEIN, entre conexões *primárias* e *secundárias*, muito embora não se adira à construção dogmática proposta por este outro Autor germânico há quase um século²⁶⁰. O que se pretende inculcar são as duas alternativas de compreensão do princípio da autonomia privada: uma que o entende como "*a capacidade de os indivíduos determinarem por si próprios as normas que lhes são aplicáveis, fora e antes de qualquer ordem jurídica*"²⁶¹; e a outra que nele vê a (mera) "*possibilidade de os indivíduos, no quadro de uma dada ordem jurídica, criarem vinculações* (Verbindlichkeiten zu schaffen / to create commitments) *para si*

²⁵⁹ Sobre como a análise centrada na *escolha de lei* não perde fôlego quando aproveitada para o contexto da *escolha de foro*, v. *infra*, neste ponto, o texto do parágrafo seguinte ao do que corresponde à n. 302.

²⁶⁰ Sobre a singular e historicamente relevante construção frankensteiniana, conforme plasmada no seu *Internationales Privatrecht*, em quatro volumes publicados entre 1926 e 1935, veja-se um resumo e crítica (formulada a propósito dos conflitos de sistemas) em ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., pp. 249 ss. (com breve alusão histórica, p. 128, ressaltando o cariz universalista das propostas do Autor, num contexto europeu que é sobretudo marcado por particularismos nacionalistas (pp. 130 ss.)). Sobre as conexões "primárias" (também apelidadas de "originárias, apriorísticas ou conexões fundamentais"), "secundárias" (que surgem, ao contrário daquelas, como uma "criação arbitrária da ordem jurídica, não resultando, por isso, da compreensão e essência do direito") e ainda "falsas" (ou "pseudo-conexões"), na doutrina de FRANKENSTEIN, veja-se também já entre nós PIO COELHO DE MENDONÇA, *Breve ensaio sobre uma construção de Ernst Frankenstein*, Coimbra Editora, Coimbra, 1949, pp. 12 ss. (criticamente, no que toca ao "Grenzrecht" e o sistema de conexões de Frankenstein, v. pp. 32 ss.).

²⁶¹ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", in *RebelsZ*, 75, 2011, p. 38; na versão inglesa, porventura menos pungente, que consta do seu *General Course* em Haia, o "reflexo da capacidade natural dos indivíduos de determinarem a lei aplicável por si próprios, independentemente dos confinamentos de qualquer sistema jurídico": JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 175.

*próprios e/ou para outros*²⁶². Bem se vê que a segunda alternativa *pressupõe* a existência de um dado regime jurídico-positivo, ponto por onde começa a impugnação da sua coerência interna: é que, na efetiva inexistência de um "*metaregime*", a um nível mundial, definidor das regras de conflitos que regem cada relação jurídica, sendo por isso o regime conflitual apenas relevante para os tribunais e demais autoridades do Estado em que estão vigentes, a movimentação espacial do indivíduo, designadamente através da livre escolha de um dos tribunais internacionalmente competentes que em alternativa existam à sua disposição²⁶³, irá, em último termo, ainda que de modo indireto, ser determinante da (in)aplicabilidade de um determinado regime conflitual, reconhecedor ou não da autonomia privada.

Enquanto a *concepção derivada* de autonomia privada não resiste à refutação da sua inconsistência interna, trazida à luz pelo argumento do possível *desvio da competência jurisdicional* (*Umweg der gerichtlichen Zuständigkeit / the backdoor of jurisdictional competence*), já a *concepção apriorística* tem méritos alicerçados em "*considerações metajurídicas de liberdade natural*", que resistem mesmo às objeções teóricas que lhe poderiam ser deduzidas com base nas ideias de *soberania*, de *ordem*

²⁶² JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 38; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 175. No quadro dos trabalhos para a Resolução de Basileia do *Institut de Droit International* (para que BASEDOW também remeterá; v. *infra*, parágrafo correspondente à n. 290), ERIK JAYME, "Rapport provisoire et avant-projet de résolution", in *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, pp. 36-37, dando conta das "bases filosóficas e históricas" do princípio da autonomia das partes, identifica "duas tendências contrárias: uma favorece a autonomia como uma fonte de direito paraestadual, a outra admite uma tal autonomia apenas no quadro de um controlo pelo Estado" (p. 37); mais tarde, refere-se de novo à discussão sobre a fonte "estadual ou paraestadual", para sublinhar que "a questão não é puramente teórica, como vários membros da Comissão a justo título observaram": v. ERIK JAYME, "Rapport définitif", in *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, pp. 65, 63.

²⁶³ Sobre o papel desta *movimentação* numa certa relativização do papel das *lois de police* (entre nós estudadas *ex professo* por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 1991, vol. I, pp. 1 ss.), veja-se LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", in *Recueil des Cours*, t. 315 (2003), 2006, p. 365 e *passim*.

pública, da relação entre o *efeito vinculativo* de um contrato e a ordem jurídica que o postule, e de *proteção da parte mais fraca*.

Tais objeções, que BASEDOW desconstrói antes de densificar as bases teóricas da liberdade de escolha (*rectius*, do efeito juridicamente vinculativo do seu exercício), são contrariadas com vista à demonstração de que não há razão para colocar a autonomia privada, no seu papel fundante, sob esses jugos.

Desde logo, a *soberania* poderia em certo sentido ser tida por ameaçada por uma liberdade de escolha de lei, sobretudo de uma *lei estrangeira*, quando de outro modo (isto é, segundo os critérios conflituais interna e objetivamente traçados) a *lex fori* seria a competente; de certa maneira estaria a soberania do Estado local, emissor dos comandos jurídicos assim *derrogados*, a ser colocada entre parêntesis²⁶⁴. BASEDOW associa este ponto de partida, subalternizador da autonomia da vontade à soberania, a concepções hegelianas e kelsenianas rejeitadas, insistindo outrossim em que o próprio sistema jurídico *objetivo* e a soberania têm que derivar de um étimo fundante, que, ao fim e ao cabo, e na esteira de LOCKE e ROSSEAU, é encontrado mais uma vez na *vontade individual*: "as teorias contratuais do Estado (...) fundam a soberania do Estado e assim a existência do direito objetivo em último termo na vontade do indivíduo. Então, se assim é, tem que corresponder à vontade do indivíduo uma eficácia vinculativa pré-estadual (*vorstaatliche Bindungswirkung*)". E, ainda que se reconheça que as teorias citadas se referem ao movimento do indivíduo para o Estado e não ao *ato contrário* que se vê na rejeição ou descarte (*Abwahl, deselection*) de uma sua lei, o que aconselha cautela nas ilações a deduzir deste confronto, pode aceitar-se, e fazemo-lo aqui também, que se a *soberania estadual* pode ser ancorada na *vontade individual* (ainda que ora se não entre

²⁶⁴ Neste sentido Autores como PILLET ou BARTIN (e mais tarde FRANCESCAKIS), detentores de papéis de relevo na história do direito internacional privado: v. em geral entre nós ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado — Introdução — I Volume*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 130 ss.; e, em particular a propósito do eventual confronto entre o papel da vontade individual e uma ideia de "*justiça como atributo essencial da soberania estadual*", v. criticamente HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., pp. 137 ss..

nos matizes que só uma análise da teoria do Estado e das funções legislativa e jurisdicional poderia colorir), então *"o significado desta vontade para a determinação da ordem jurídica competente em direito internacional privado não pode ser questionado com o argumento de que a escolha de lei conduz a uma diminuição do Estado"*. Queda-se assim como ao menos *não excluída* por esta perspectiva teórica, designadamente, a afirmação de que o indivíduo *preserva uma porção* do seu *Willensmacht*, podendo em certas circunstâncias exercê-lo, com plena *eficácia* jurídica, para *afastar-se* (*hinauswählen, steer clear*) do Estado e da sua ordem jurídica²⁶⁵.

Tão-pouco a ideia de *ordem pública*, próxima da anterior, deveria subalternizar a autonomia privada, porquanto não existiria uma verdadeira incompatibilidade: tendo em conta que as normas de aplicação necessária e imediata (*overriding mandatory provisions*) do Estado do foro definem por si mesmas o respetivo campo de aplicação, assegurando assim a inexorável afirmação no foro de normas e princípios que *"incondicionalmente exijam aplicação"* mesmo em casos que incorporem elementos de estraneidade (são, pois, para BASEDOW, espécie de afirmação de uma dita *ordem pública internacional positiva*), então a *electio iuris*, derogadora de uma *lex fori* que na sua ausência reclamasse aplicação em virtude de conexões objetivas, e onde se encontrassem tais normas, não seria portanto apta a interferir na atuação de uma tal *ordem pública internacional*, o que por si só esvazia a força do argumento nela baseado para negar a admissibilidade e o valor das cláusulas de escolha de lei²⁶⁶.

Ainda merecedor de uma referência é o argumento da *proteção da parte mais fraca*, que, quando abandonada pela ordem jurídica à *suposta liberdade* de negociação individual, sucumbiria numa *efetiva ditadura* da vontade do contraente mais forte. Aqui, numa posição liberal, BASEDOW confia nas forças do mercado como corretoras daqueles

²⁶⁵ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 43; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., pp. 182-183.

²⁶⁶ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., pp. 44-46; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., pp. 183-186.

desequilíbrios, vindo na *concorrência* entre os produtores (e predisponentes) entre si a melhor forma de vergar o poder económico. A "*standardização*" de cláusulas de escolha de foro e de lei favoreceria, em primeira linha, os oferentes (*Anbieter, suppliers*), tipicamente participantes em mais e mais heterogêneas relações internacionais que as suas contrapartes, e por isso com um maior incentivo para a sua inclusão, o que conduziria, comparativamente com as contrapartes, a superiores ganhos de eficiência por redução de custos²⁶⁷.

Menos conseguida se nos afigura a crítica de BASEDOW à formulação que parte da ideia de que o *efeito vinculativo* de um contrato apenas se produz no quadro de *uma dada ordem jurídica*, de maneira que só após uma análise da conformidade do contrato com um tal regime jurídico positivo se poderia reconhecer definitivamente a aludida *Bindungswirkung*. A resposta dada elabora sobre uma separação entre o *núcleo* e a *coroa* do acordo, de tal modo que as diferenças existentes entre as leis positivadas versariam sobre *marginalia* ou "*aspectos periféricos da formação contratual*", tais como os *vícios da vontade* (*Willensmängel*), assim atiradas para fora desse núcleo, ao passo que neste se alojaria o "princípio jurídico universal de *pacta sunt servanda*". "É verdade", sustenta BASEDOW, "que este princípio não estabelece o quadro jurídico regulador dos contratos nem o escopo do acordo contratual em todos os seus pormenores. Mas trata-se de um princípio jurídico que expressa o efeito juridicamente vinculativo dos acordos e para tal não se exige, por isso, outra positivação"²⁶⁸. *Quod erat demonstrandum*: cremos que remeter as diferenças jurídico-positivas para o plano dos meros "*pormenores*"²⁶⁹, além de

²⁶⁷ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., pp. 48-49; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., pp. 189-191. V. tb. v.g. PETER MANKOWSKI, "Art 66", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012, Rn. 8. É verdade que, como aponta BASEDOW, *id., ibid.*, raro se vê uma *negociação individual* dirigida à cláusula conflitual, na prática até muitas vezes desaconselhável sob pena de "envenenamento do ambiente de negócios".

²⁶⁸ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 47; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 188.

²⁶⁹ *Id., ibid.*

olvidar que *the devil is in the detail*²⁷⁰, é uma tentativa desnecessariamente falha de fornecer uma resposta que nos parece dever ser encontrada na conjugação do plano teórico, pré-estadual, com o plano jurídico-positivo. Ainda em persistência menos feliz nesta ideia, se bem lemos, surge a citação de Roma I como exemplo de um caso em que, ao submeter-se a questão da existência e validade da cláusula de escolha de lei à "*lei que seria aplicável, por força do presente regulamento, se o contrato ou a disposição fossem válidos*"²⁷¹, estar-se-ia a "*reconhecer a força vinculativa da vontade individual independentemente da determinação, através de conexões objetivas, de uma lei aplicável*"²⁷². É verdade que, no domínio das relações privadas internacionais, a frequente dependência a que é sujeita a existência e validade da vinculação a um pacto voluntário, em relação à *lei designada pelas partes*²⁷³, serve de argumento para sublinhar a importância genética e lógico-normativamente primária, ou originária, da autonomia da vontade: ao sujeitarmos essa existência e validade a uma lei que individualizamos através de uma *conjetura* da existência e validade dessa escolha, estamos a reconhecer valor *primordial*, em sentido próprio, à autonomia da vontade, tal qual atuada na dita escolha. Mas, por um lado, esta parece ser uma *solução pragmática*, escolhida não com base numa teleologia insuperável ou como expressão insubstituível daquela ideia, mas como a solução com menos escolhos contra si (em comparação com a aplicação da *lex fori*, porventura a outra solução plausível, mas efetivamente menos boa²⁷⁴, ou ainda a *lex*

²⁷⁰ Ou, se preferirmos, na formulação menos conhecida mas ao que parece original da expressão idiomática: *God is in the detail...*

²⁷¹ Cfr. art. 10.º, n.º 1, em conjugação com o art. 3.º, n.º 5, de Roma I.

²⁷² JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 189, JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 47.

²⁷³ V. p. ex., além do art. 10.º, n.º 1, de Roma I, o art. 4.º, n.º 1, da Resolução do INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, de 1991, em Basileia: "*L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont déterminées conformément à la loi désignée par les parties.*"

²⁷⁴ V. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Algumas Considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais", in *RLJ*, Ano 122.º, n.ºs 3787-3789, 1990, n.º 3789, p. 365, ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial internacional", in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 241 ss.; e já ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda em direito internacional privado — Aspectos fundamentais* —

contractus que seria objetivamente competente na ausência de escolha²⁷⁵). Por outro lado, não se deu voz à complexidade acrescida que a solução de Roma I comporta, em face do n.º 2 do citado artigo 10.^{o276}. Com efeito, perante esta última disposição, bem poderá alegar-se que o "*reconhecimento de força vinculativa*" putativamente atribuído a uma solução como a do n.º 1 é tudo menos perfeito, e assim, ao invés de provar, como BASEDOW pretendia, que se "*dá deferência à intenção das partes em vez de tomar em consideração os apropriados factores objetivos*", antes se põe em relevo o não completo afastamento destes no exemplo dado. Enfim: cremos que bastaria, com o próprio Professor hamburguês, concluir quanto a todo este conjunto de objeções, assim preliminarmente superadas, que aqui se não faz "a apologia de uma ilimitada escolha de lei; os objetivos (*Gestaltungswille, aims and interests*) das ordens jurídicas estaduais merecem inteira atendibilidade. Mas esta é operada através de um ajuste de precisão (*Feinjustierung, differentiated adjustment*), e não de uma proibição geral"²⁷⁷.

Como assim explicitamente se confirma, BASEDOW não deixa de matizar a construção que apresenta, numa permanente e aqui bem visível pulsão equilibradora, impeditiva de uma radical absolutização do papel da autonomia privada. Importa, pois, a quem não lhe conceda o valor que lhe reconhecemos (em pulsão positivista, ou simplesmente relativizadora desse papel, dando-lhe funções menores ou derivadas no quadro da normação das condutas humanas) insistir nos primeiros argumentos já

Vol. I, Lisboa, 1954, pp. 267 ss.. V. tb. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999, pp. 220 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "A formação dos contratos internacionais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. II*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 129 ss..

²⁷⁵ Apontando esta como uma alternativa possível à que consta de Roma I, e então da Convenção de Roma de 1980, v. ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., p. 55.

²⁷⁶ "*Todavía, um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, pode invocar a lei do país em que tenha a sua residência habitual, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada no n.º 1*". Este n.º 2, note-se, é abrangido, em conjunto com o n.º 1 do mesmo art. 10.º (e ainda os arts. 11.º e 13.º, sobre validade formal e capacidade), pela remissão operada pelo art. 3.º, n.º 5, de Roma I.

²⁷⁷ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 50; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 192.

desconstruídos e na *base teórica* sobre que se erige a função reservada à autonomia privada.

Pois bem: é quanto a esta última que os contributos de BASEDOW, sobre o pano de fundo já acima estendido, assumem o mais particular interesse, por um lado elaborando sobre o fundamento último da sua normatividade, e por outro lado daí desentranhando uma classificação prática do acordo de escolha de lei como *contrato dispositivo* (*Verfügungsvertrag, self-fulfilling (dispositional) contract*).

Vejam os por essa ordem, aproveitando o primeiro ponto para lembrarmos sobretudo os contributos de Erik JAYME no quadro do *Institut de Droit International*, e o segundo ponto para introduzirmos a análise crítica ao que pode ou não legitimamente resultar de uma tal caracterização, recuperando o que já a propósito sobretudo das ideias de WAGNER expusemos.

Descartada uma fundamentação baseada principalmente na *eficiência económica*, não obstante a sua crescente atendibilidade e estudo no domínio conflitual²⁷⁸⁻²⁷⁹ —

²⁷⁸ V., entre muitos, HORATIA MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé (Reflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)", in *Recueil des Cours*, t. 307 (2004), 2005, referindo-se a uma "liberalização dos conflitos de jurisdições", v. pp. 140 ss.. Aí se identifica o crescimento (do uso) das cláusulas de escolha de foro *estadual e arbitral*, associado a um regime "progressivamente mais liberal de circulação de decisões", como causas próximas de uma alteração profunda das relações entre a vontade das partes e as "leis internacionalmente imperativas", emergindo um "fenómeno de diluição da imperatividade" das regulamentações económicas (RADICATI DI BROZOLO cunhou neste contexto o termo *normas de aplicação seminecessária*: v. LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des lois d'application sémi-nécessaire?", in *Rev. crit. DIP*, 2003, pp. 1 ss., LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Arbitrage commercial international et lois de police", cit., pp. 363 ss.), porque colocadas em cheque pelo aludido "contencioso internacional" (v. pp. 140-141). Não obstante a utilidade descritiva desta realidade em que hoje nos movemos, não se vislumbra aí, *per se*, um argumento para ultrapassar o cepticismo, a que também BASEDOW dá voz, em face da permeabilidade a críticas, vindas de *dentro* e de *fora* do modelo económico, de uma construção baseada na ideia de eficiência económica. V. JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., *maxime* pp. 193-194. Assinalavelmente, BASEDOW ignora por completo este ponto (relativo à eficiência económica) no texto alemão de 2011, que vimos em simultâneo citando. Cfr. tb. in!!! INVALID CITATION !!!, pp. 393 ss., *passim*; GIESELA RÜHL, *Statut und Effizienz — Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 110 ss., 435 ss..

²⁷⁹ Não obstante, veja-se já também no domínio da Convenção de Bruxelas uma interessante justificação económica para a inclusão, no então artigo 17.º, da regra de forma que permite a celebração de pactos de jurisdição de acordo com usos do comércio internacional: "International trade is heavily dependent on

simplesmente, ainda que uma tal análise económica possa coadjuvar²⁸⁰ ou até determinar a tomada de certas opções legislativas, inserindo-se a eficiência no meio das exigências valorativas a considerar, ela de modo algum merece um papel fundador neste inquérito, sob pena de um "*sério desvio metodológico*"²⁸¹ —, o ponto de partida para a justificação última do *efeito vinculativo* das manifestações contratuais da autonomia privada está na *vontade individual* do indivíduo, que pode ser conformada em virtude da sua *liberdade inata*.

Embora convocando também os já mencionados contributos filosóficos de LOCKE e ROUSSEAU, é sobretudo a KANT que se apela para extrair consequências jurídicas da referida *liberdade inata*. KANT, com efeito, procede a uma clássica "*divisão suprema*" entre direito *inato* e *adquirido*: "*o primeiro deles é o que corresponde a cada um por natureza, independentemente de todo o acto jurídico; o segundo é aquele para o qual se requer um acto deste tipo*". Ora, fundindo originalmente as noções de *liberdade e igualdade* numa só, a imposição kantiana é, em transcrição que ora convém consignar, a seguinte:

"O direito inato é apenas um só

standard conditions which incorporate jurisdiction clauses. Nor are those conditions in many cases unilaterally dictated by one set of interests in the market; they have frequently been negotiated by representatives of the various interests. Owing to the need for calculation based on constantly fluctuating market prices, it has to be possible to conclude contracts swiftly by means of a confirmation of order incorporating sets of conditions. These are the factors behind the relaxation of the formal provisions for international trade in the amended version of Article 17" (PETER SCHLOSSER, "Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (Signed at Luxemburg, 9 October 1978)", in *JOCE*, 5.3.79, C 59, 1979, n.º 179 (p. 125)).

²⁸⁰ Sobre este *papel auxiliar* veja-se essencialmente, no direito privado português, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., pp. 42 ss., 47. Mas v. tb., numa breve mas inaugural referência entre nós, sublinhando o interesse da análise económica enquanto "uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito", JORGE SINDE MONTEIRO, *Análise económica do direito*, BFD (separata do vol. LVII), Coimbra, 1981, p. 7; em geral e no seio de outros temas, cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Análise Económica do Direito — Programa e Guia de Estudo*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 15 ss; FERNANDO ARAÚJO, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios — O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 11 ss., *passim*.

²⁸¹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* cit., p. 48.

A *liberdade* (independência em relação ao arbítrio constrictivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que cabe a todo o homem em virtude da sua humanidade. — A *igualdade* inata, ou seja, a independência, que consiste em não ser obrigado por outros excepto àquilo a que também reciprocamente podemos obrigá-los; por conseguinte, a qualidade do homem de ser o seu *próprio senhor* (*sui iuris*); de igual modo, a de ser um homem *íntegro* (*iusti*), porque não cometeu injustiça alguma anteriormente a todo o acto jurídico; por último, também a faculdade de fazer a outros o que em si os não prejudica no que é seu, se eles assim o não querem aceitar; como, por exemplo, comunicar a outros o próprio pensamento, contar-lhes ou prometer-lhes algo, seja verdadeiro e sincero, ou falso e fingido (*veriloquium aut falsiloquium*), porque somente deles depende querer acreditar ou não; — todas estas faculdades se encontram já no princípio da liberdade inata e dela realmente se não distinguem (como membros da divisão sob um conceito superior do direito).

O propósito com que se efectuou semelhante divisão no sistema de direito natural (enquanto se refere ao direito inato) é o seguinte: para que, ao surgir uma disputa em torno de um direito adquirido e se perguntar a quem cabe o ónus de provar (*onus probandi*), ou um acto duvidoso ou, se este foi indagado, um direito duvidoso, aquele que rejeita esta obrigação possa apelar metodicamente, e como que atendendo a distintos títulos jurídicos, para o seu direito inato à liberdade (que então se especifica segundo as suas diversas relações).

Em virtude de não haver *direitos* no tocante ao inato, por conseguinte, ao meu e ao teu interno, mas só *um* direito, delinea-se nos prolegómenos esta divisão suprema, como constituída por dois membros extremamente desiguais quanto ao

conteúdo, e a divisão da doutrina do direito só pode referir-se ao meu e ao teu externos."²⁸²

Seria, pois, esta derivação do direito objetivo ou positivo a partir do subjetivamente inato que transbordaria para concepções ulteriores centradas na defesa dos *direitos humanos*; e se não é a esse nível que a discussão aqui se desenrola²⁸³, o paralelo serve a BASEDOW para insistir em que os indivíduos têm direitos subjetivos "*fora e antes de qualquer ordem jurídica estadual, direitos contra o seu próprio Estado e direitos contra Estados estrangeiros, que podem ser declarativamente reconhecidos pelo direito positivo, mas cuja existência não depende de um tal reconhecimento*"²⁸⁴.

Daí que se vá em busca, agora particularmente no domínio jusconflitual, das justificações teóricas para a liberdade de escolha que partilhem estas bases. É então que se dá especial relevo aos escritos de MANCINI, no século XIX, e do *Institut de Droit Internacional*, no século XX, no caso sob a batuta do relator da resolução de 1991 dedicada à autonomia privada, Erik JAYME²⁸⁵.

Em texto clássico de MANCINI — que, como se verá do seu teor e BASEDOW aponta, transpira influência kantiana —, o jurista italiano, figura incontornável do direito

²⁸² IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Berliner Ausgabe, 2013, 2. Auflage (Michael Holzinger), Erstdruck: Königsberg (Nicolovius), 1797/1798, pp. 30-31; usamos em texto a tradução de ARTUR MORÃO (com ligeiríssimas modificações, designadamente em "Beweisführung", onde preferimos "ónus" a "obrigação" de provar): v. *Metafísica dos Costumes — Parte I — Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, Edições 70, Lisboa, 2004, pp. 44-45; estivemos ainda atentos às traduções de JOSÉ LAMEGO, Gulbenkian, 2005 (que naquele passo prefere "*a quem cabe a produção de prova*", p. 57), e de FELIPE GONZÁLEZ VICEN, Marcial Pons, 1997, para o espanhol (no mesmo passo, "*carga de prueba*", p. 56).

²⁸³ V. a propósito ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne — Cours général de droit international privé", in *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), 1996, p. 147.

²⁸⁴ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 54, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 201.

²⁸⁵ V. ainda ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", cit., pp. 147 ss..

internacional (também privado²⁸⁶) de mil e oitocentos²⁸⁷, é de uma luminosa elegância na afirmação de que a ordem jurídica deve ser vista como:

"a concordância (*accord*) da liberdade privada e individual com o exercício do poder social, isto é, as relações entre a lei do Estado e as prerrogativas do indivíduo, entre a ordem política e a ordem civil das relações domésticas e privadas. A ação do poder social pára lá onde encontra a liberdade inofensiva e desde logo legítima dos particulares. Em consequência, a autoridade social não pode, sem cometer um injusto excesso, invadir a esfera inacessível e inviolável na qual se difunde e se exerce essa liberdade inofensiva."²⁸⁸

Por seu turno, a Resolução do *Institut de Droit International*, intitulada "A autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre pessoas privadas"²⁸⁹,

²⁸⁶ Acerca do entendimento de MANCINI sobre o DIP como parte integrante do direito internacional público, cfr. brevemente ERIK JAYME, "Ideengeschichte von Mancini zu Wengler", in *Gesammelte Schriften — Band 3 — Internationales Privatrecht und Völkerrecht*, Müller, Heidelberg, 2003, pp. 9 ss..

²⁸⁷ V. ERIK JAYME, "Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz", in *Gesammelte Schriften — Band 4 — Internationales Privatrecht — Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, Müller, Heidelberg, 1980 (2009), pp. 8 ss.; ERIK JAYME, "Mancini heute — Einige Betrachtungen", in *Gesammelte Schriften — Band 4 — Internationales Privatrecht — Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, Müller, Heidelberg, 1981 (2009), pp. 71 ss.; YUKO NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht — Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 2000, *passim*, designadamente pp. 206 ss., no que respeita ao papel da "*libertà*" no sistema conflitual manciniano, e pp. 246 ss., quanto à sua influência em ulteriores desenvolvimentos; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado — Os Novos Rumos na Regulamentação das Situações Privadas Transnacionais na UE*, Tese de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, pp. 67 ss..

²⁸⁸ PASQUALE STANISLAO MANCINI, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", in *Journal du Droit International (Clunet)*, 1, 1874, p. 292, citado concordantemente tb. v.g. por ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., p. 65; ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", cit., p. 149; FRANK VISCHER, "General Course on Private International Law", in *Recueil des Cours*, t. 232 (1992), 1993, pp. 125-126; JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 56.

²⁸⁹ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées", 1991, acessível via http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF, consultado em 1.6.2015.

adotada em Basileia em 1991, retoma a lição manciniana, com particular incidência no conceito da *liberdade inofensiva*. Afirma-se nos trabalhos preparatórios, ao nível da sua *Grundlegung*²⁹⁰ ou *fundamento (fondement)*: "A legitimação da autonomia da vontade das partes é a liberdade dos indivíduos nos seus negócios (*affaires*) pessoais e comerciais, reconhecida pelos Estados"²⁹¹. Como BASEDOW sublinha, a alusão ao *reconhecimento* pelo Estado vai na linha do que vimos sugerindo: tal liberdade é "*pré-existente*" e o seu reconhecimento pelo Estado de cariz *declarativo*, não verdadeiramente *constitutivo*²⁹², algo que aliás transparece no próprio texto da Resolução, através dos seus considerandos preambulares²⁹³, em que o *Institut* dá conta de que a adota: "*considerando* que a autonomia da vontade das partes é um dos princípios de base do direito internacional privado"; e "*reconhecendo* que a autonomia da vontade das partes está igualmente consagrada como liberdade individual por múltiplas convenções e por diversas resoluções das Nações Unidas"^{294/295}.

²⁹⁰ A referência explícita à palavra alemã resulta da sua convocação nos trabalhos da Comissão por B. GOLDMAN, como fica expresso a pp. 27, 32, do citado *Rapport provisoire*.

²⁹¹ ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., p. 64.

²⁹² Uma conclusão de relevo, mas curiosamente introduzida apenas na versão inglesa de 2013 do seu texto: cfr. JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 204.

²⁹³ É de caso pensado, como se pode ler, que um tal problema "teórico" é abordado, mas "apenas" em sede preambular — veja-se ERIK JAYME, "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées — Considérations préliminaires pour la délimitation de l'objet des travaux", in *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, p. 32: "La Commission, en ce qui concerne la justification du principe de l'autonomie de la volonté (la «Grundlegung» selon la lettre de M. Goldman), s'est prononcée en ce sens qu'il convient de ne pas exclure cette question, mais de la réserver pour le préambule de la résolution"; v. tb. ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., pp. 37; 54; 59; e ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., p. 67.

²⁹⁴ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées", cit., p. 1. No último *Projet de résolution*, o primeiro considerando citado era idêntico, o segundo foi reformulado (a pp. 77 de ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., constava: "reconhecendo a liberdade do indivíduo, tal como é reconhecida por convenções e resoluções das Nações Unidas").

²⁹⁵ Expressamente no sentido favorável ao tratamento pela Comissão do aludido "problema teórico", por considerarem que da sua resolução decorreriam "implicações práticas não menos evidentes" (p. 28) ou "a solução de duas questões práticas" (p. 35, a saber: a possibilidade de escolher um direito "morto", como p. ex. o romano, um direito não estadual, ou o direito internacional; e a possibilidade de "petrificar" a escolha de lei por referência ao direito em vigor no momento da escolha — sobre estas questões hoje, na linha aliás do que a própria resolução de Basileia prevê no seu art. 8.º, essencialmente favorável a uma *cláusula*

Um tal enquadramento teórico da autonomia privada será por último vazado numa classificação prática do acordo de escolha de lei, pelo qual se exerce a autonomia da vontade, em tanto que *contrato dispositivo* (*Verfügungsvertrag, self-fulfilling (dispositional) contract*).

A terminologia, recorde-se, não nos é estranha, sendo recorrente na doutrina alemã, tanto no direito civil como no direito processual²⁹⁶. Todavia, em assinalável diferença em relação ao que anteriormente vimos, aqui é inequívoca a afirmação de um carácter "dispositivo" que se apresenta, não como um mero *modificador* de *ordenações legais* previamente estabelecidas — se assim fosse estaríamos, bem entendido, a trabalhar com uma concepção *derivada* e não *apriorística* de autonomia privada —, mas sim como a característica de um contrato que *"emerge num contexto em que está ausente uma ordem jurídica a priori competente, que será necessariamente apenas determinável segundo o direito internacional privado de um tribunal ulteriormente demandado"*.

Jürgen BASEDOW conclui:

"Que as partes possam concluir um tal acordo dispositivo é o resultado da sua liberdade natural e da necessidade prática de que, no fim de contas, uma das muitas ordens jurídicas regule a sua relação jurídica. As partes podem deliberar a atribuição (*Zuweisung, assignment*) a uma ordem jurídica nacional, por força da sua vontade natural, porque a alternativa, a saber, a atribuição pelo direito internacional privado nacional, varia de país para país e não pode, por conseguinte, garantir às partes que a sua relação jurídica será sujeita a uma e a mesma ordem jurídica em todos os *fora* globais que possam eventualmente ser demandados. O princípio da igual liberdade natural, que Kant enfatiza, inclui porém, como ponto de partida, a salvaguarda de um quadro jurídico uniforme

petrificante com efeito de *referência material* mas não *conflitual*, v. DIETER MARTINY, "Art. 3 Rom I-VO Freie Rechtswahl", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015, Rn. 23 ss., *maxime* 26), pronunciaram-se epistolamente, pela ordem citada, FERRER CORREIA e FRANÇOIS RIGAUX: cfr. ERIK JAYME, "Considérations préliminaires", cit., locs. cits..

²⁹⁶ V. *supra*, pp. 80 ss..

para a atuação juridicamente vinculativa do indivíduo. O juiz deve, por isso, reconhecê-lo em primeira linha (*im Grundsatz, in a first step*), mesmo que, em harmonia com o seu direito de conflitos, lhe venha a impor, num segundo passo, limitações variadas."²⁹⁷

4.3. O justificado paralelismo entre «electio iuris» e «electio iudicis», sobre o pano de fundo da autonomia privada

Encontramos aqui uma síntese prestabilíssima para a identificação do significado a atribuir à celebração dos acordos *jurisdicionais*, independentemente da terminologia utilizada, porquanto se alicerça sobre a compreensão devida das origens e fundamentos da autonomia privada, de que eles são manifestação.

Poderia, é certo, duvidar-se do bem-fundado de uma tal análise, centrada nos acordos de *escolha de lei*, para o tratamento dos acordos de *escolha de foro* a que nos dedicamos. Com efeito, BASEDOW discute o carácter *dispositivo* (*Verfügungswirkung*) do acordo de *escolha de lei*, e não de *escolha de foro*, muito embora não deixe em vários passos de elaborar doutrinalmente em conjunto sobre os dois tipos de acordos (por exemplo, quando trata sob uma perspectiva económica os desequilíbrios estruturais entre os incentivos a fornecedores (*suppliers, Anbieter*) e a clientes (*customers, Kunden*) para a inclusão de cláusulas de escolha de foro e de lei, superiores para os primeiros e em geral conducentes a uma praticamente ausente negociação individual de tais cláusulas²⁹⁸). Mas as afirmações de que o efeito do acordo (de escolha de lei) se produz no momento da sua

²⁹⁷ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 53, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 200.

²⁹⁸ V. JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 49; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., pp. 190-191, e *supra*, texto correspondente à n. 267.

comum adoção²⁹⁹, ao passo que, dir-se-ia, o acordo de escolha de foro pode nem vir a ser invocado ou respeitado, uma vez que *v.g.* uma das partes a ele vinculado demandou em tribunal *derrogado* e este não impôs *de facto* a vinculação ao acordo, e de todo o modo sempre produziria efeitos *ulteriores*, não contemporâneos da formação da relação jurídica que lhe subjaz — tais afirmações não invalidam minimamente a caracterização da escolha de foro, *nesta linguagem*, como contrato *dispositivo*. E por várias razões: em abono da não dissemelhança neste plano entre *electio iuris* e *electio iudicis*, lembre-se que a escolha de lei pode não ser contemporânea da formação do contrato *substantivo*, mas antes *superveniente*, como aliás admitido explicitamente por Roma I (no seu artigo 3.º, n.º 2); e que, em rigor, é tão válido afirmar para a *escolha de lei* que, diferentemente do comum contrato sinalagmático, "*nenhuma das partes promete um determinado comportamento futuro que é necessário para o mútuo cumprimento do contrato*"³⁰⁰ — já que, na verdade, uma eventual invocação inadimplente de uma outra *lex contractus* por um dos contraentes é rechaçada pela insuficiência de tal invocação para modificar o acordo anteriormente celebrado —, como é válido dizer para a *escolha de foro* que o comportamento futuro *desviante* de uma das partes, *v.g.* demandando junto de tribunal cuja competência internacional foi convencionalmente excluída, tão-pouco será suficiente para lhe conferir jurisdição e retirá-la ao tribunal que tenha sido exclusivamente escolhido, e em favor do qual se justificará a absolvição da instância do primeiro (nos termos de Bruxelas Ia, veja-se o seu artigo 31.º, n.º 3). É certo que os *efeitos práticos* de uma atuação inadimplente, num e noutro caso, são diferentes: na escolha de lei, bastará a impugnação da alegação feita por quem se desvia da *electio iuris*, tudo sempre dentro de um mesmo processo; ao passo que na escolha de foro o dito *comportamento desviante* obrigará a litigar junto do *forum derogatum* e, ulteriormente, se o litígio se mantiver,

²⁹⁹ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 53; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 200.

³⁰⁰ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 53, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 199.

junto do tribunal escolhido. Há na prática, portanto, um maior esforço do não inadimplente no segundo caso para fazer afirmar o acordo celebrado; mas *estruturalmente* não se divisam diferenças neste plano entre ambos os casos. Esta nossa asserção, note-se, é independente do que se possa defender quanto às *demais* consequências jurídicas de um comportamento desrespeitador do pacto celebrado, designadamente sobre se, como é comum discutir-se em volta do pacto de jurisdição, é cabida uma indemnização pelo seu incumprimento. Com efeito, para a afirmação dessas outras consequências, é importante a ponderação sobre se a sanção jurídica se esgota na estritamente jurídico-processual absolvição da instância (a forma que assumirá entre nós a *declaração de incompetência* a que se refere v.g. o artigo 31.º, n.º 3, de Bruxelas Ia), ou antes expandir-se-á para um plano mais substantivo. Nessa ponderação, ganham importância os institutos que, em qualquer dos planos (processual ou substantivo), sancionem uma conduta antijurídica de um dos contraentes, institutos que, conforme os casos, poderão ou não atentar nos comportamentos das partes de um ângulo que não seja diretamente relevante para a apreciação daquela primeira questão *dispositiva*, isto é, se há ou não válida e efetiva escolha de lei, se há ou não atendível escolha de foro. Porém, nada disso infirma a comunidade estrutural e de sentido em que acima insistimos: pode dizer-se que, tomando de empréstimo por didactismo esta linguagem de cunho dogmático germânico, os *efeitos dispositivos*³⁰¹ estarão sempre lá, e que adicionais *efeitos vinculativos* dependerão de uma outra análise autónoma — lembrando-se aqui como, nessas construções dogmáticas, há espaço para defender uma simultaneidade de produção de efeitos dispositivos e vinculativos³⁰².

Não temos, em geral, quaisquer dúvidas da *analogia de sentido* que permite retirar subsídios desta análise do princípio da autonomia privada, pensada primacialmente para a

³⁰¹ Ou melhor, por assim dizer *pré-dispositivos*, uma vez que a ordenação *legal* de competências é lógico-normativamente ulterior (e portanto não propriamente objeto de disposição pelas partes) ao acordo de vontades que atua a autonomia privada.

³⁰² V. LEO ROSENBERG / KARL HEINZ SCHWAB / PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 66, I., e *supra*, texto do parágrafo correspondente à n. 134.

escolha de lei, outrossim para a *escolha de foro*. Na verdade, o princípio fundante não deixa em caso algum de ser notoriamente o mesmo. Interessantes manifestações podemos encontrar não só naqueles que integradamente estudam ambos os fenómenos³⁰³, como também por exemplo nos trabalhos preparatórios da já citada Resolução de Basileia, de 1991, do *Institut de Droit International*: a sessão que precedeu aquela em que se deu a sua aprovação havia encarregado a comissão competente do estudo da autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre pessoas privadas, tendo indicado expressamente que "*esse tema compreende em princípio os problemas ligados à escolha do foro*". O projeto de que dá notícia o relator Erik JAYME incluía um preceito que continha uma afirmação do poder das partes de sujeitar os seus litígios a tribunais estaduais ou arbitrais por elas escolhidos, justificado nos trabalhos pela proibição dessa *prorrogatio* ainda existente em vários sistemas jurídicos³⁰⁴; muito embora não tenha vindo a constar do texto final da Resolução³⁰⁵, os termos em que é apresentado o seu

³⁰³ V. por todos ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 10.01 ss. e *passim*.

³⁰⁴ Cfr. ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., p. 76. A pp. 78 pode ver-se o aludido artigo (9.º) no projeto de resolução: "*Les parties peuvent convenir, par des clauses attributives de juridiction ou par des clauses compromissaires, que leurs litiges seront tranchés par un tribunal choisi, soit étatique, soit arbitral.*"; no *Avant-projet*, constava como artigo 10.º, com praticamente o mesmo teor (v. ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., p. 54). JAYME, enquanto relator (v., para as referências que seguem, a últ. ob. cit.), propunha o tratamento, em conjunto com a *escolha de lei*, também de *cláusulas atributivas de jurisdição e convenções arbitrais*, e nesse sentido se pronunciaram igualmente, nesta Sétima Comissão do *Institut de Droit International*, FERRER CORREIA (p. 29); PIERRE LALIVE, p. 33; e FRANÇOIS RIGAUX, p. 35; contra, B. GOLDMAN (pp. 26-27); A. PHILIP (p. 31) (registando tais posições de JAYME e FERRER CORREIA, entre nós, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 643, n. 10). Sem outras tomadas de posição expressadas nos trabalhos preparatórios, cedo se adopta a decisão de concentrar os trabalhos na questão da *lei aplicável* (cfr. p. 33, dando conta de reunião tida no Cairo e das respetivas deliberações quanto à delimitação do objeto dos trabalhos: "La Commission était d'avis que les travaux devraient se concentrer sur l'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable".) Da reunião da Comissão em Santiago de Compostela (em 1989), resultava ainda a orientação, que teve colhimento, de, no artigo relativo à inserção de cláusulas em condições gerais (o artigo 5.º, na versão definitiva), completá-lo com "*uma regra material sobre o consentimento inspirada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias concernente às cláusulas atributivas de jurisdição*" (p. 55).

³⁰⁵ Colheram frutos, *a final*, as reticências de PETER NORTH (assim relata ERIK JAYME, "Rapport définitif", cit., p. 76, n. 36), que eram as seguintes: "I have a concern with *Article 10*. I agree with the policy underlying the proposition that the parties can, by various means, choose the tribunal to resolve their dispute. However, should such a provision appear in the Resolution? It deals with *what* subject matter the

projeto não deixam margem para a negação da comum filiação fundamental na autonomia privada, conforme aí também entendida. Já para não aludir às evidentes *razões práticas*, no sentido de uma maior *previsibilidade* de resultados para os particulares, que milita em favor da conveniência da estipulação de cláusulas de escolha, não apenas de *lei*, como também de *foro*³⁰⁶. Podemos lateralmente notar que acresce ainda, agora (no quadro do artigo 25.º de Bruxelas Ia) expressamente, que o exercício da autonomia privada na *escolha de foro* coenvolve uma *escolha de lei*, isto é, a *lei aplicável ao pacto de jurisdição*: é que pelo menos a matéria da *validade substancial* é submetida, nos termos daquele preceito e como já referimos, à lei do foro escolhido (*lex fori prorogati*), o que significa que as partes, ao celebrarem um pacto de jurisdição, estão não apenas a *escolher o foro*, mas simultaneamente a *escolher a lei do tribunal escolhido* para reger a validade substancial dessa mesma escolha. Este efeito da autonomia das partes poderá ser discutivelmente uma *electio iuris*, na medida em que, com efeito, a competência da *lex fori prorogati* não resulta de uma escolha direta, é antes uma consequência que a norma jurídico-europeia extrai da escolha do foro. Mas, neste contexto, isso pouco importará: ninguém duvidará de que, tal como por exemplo os fundadores de uma sociedade em país que a reja pela lei da incorporação *indiretamente escolhem* a lei desse Estado para reger todos os *internal affairs* dessa sociedade, no que ninguém duvida tratar-se-á de um exercício (o das partes) e uma tutela (a da lei) da autonomia da vontade³⁰⁷, igualmente os

parties can choose to include in their contract, rather than with *how* the choice can be made and the *effect* of other matters on that choice. It is with these two latter points that the other Articles of the Resolution are concerned and we do not attempt in any other way to address the substance of what can be included in the agreement. For my part, I would delete Article 10." — in ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., p. 59.

³⁰⁶ ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", cit., pp. 151, 158.

³⁰⁷ Recordamo-nos a propósito de Kurt SIEHR, que, ao contrapor o *direito internacional privado das sociedades* e a *autonomia privada*, sublinha que, embora se fale pouco desta em primeira linha, a verdade é que, por exemplo na teoria da incorporação, os fundadores têm apenas de, "tal como numa escolha de lei", cumprir os pressupostos exigidos pela "lei escolhida": KURT SIEHR, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", in PETER FORSTMOSER / HANS GIGER / ANTON HEINI / WALTER R. SCHLUEP (HRSG.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, p. 491.

pactuantes na cláusula atributiva de jurisdição sujeita a Bruxelas Ia *escolhem indiretamente* a lei do foro prorrogado para reger a validade substancial dessa mesma escolha — devendo entender-se por lei, a dar-se crédito e força normativa ao considerando n.º 20 de Bruxelas Ia, a ordem jurídica designada como competente após mobilização das regras de conflitos dessa mesma lei³⁰⁸.

4.4. Consequências para a crítica fundamental a outras concepções

Tomamos, pois, como a mais prestável e juridicamente virtuosa, esta impositação apriorística sobre o papel da autonomia privada no quadro da compreensão dos pactos jurisdicionais. Importa agora estabelecer onde isso nos situa em face dos contributos anteriormente referidos, sobretudo de WAGNER e de BRIGGS; e ainda clarificar, em termos metodológicos, onde isso nos coloca para o caminho que falta trilhar, na direção de encontrarmos o regime jurídico devidamente aplicável aos pactos de jurisdição celebrados à luz de Bruxelas Ia, em particular aqueles que dizem respeito às sociedades, *maxime* porque inseridos nos seus estatutos.

Deste percurso resulta que a qualificação (*jurídico-material vs. jurídico-processual; vinculativa vs. dispositiva*) do pacto de jurisdição não deve ser o ponto fulcral da análise, que ganha mais em que se assuma desde logo a filiação na fundamental autonomia privada. Tanto mais que com semelhantes conceitos se pode pretender veicular significados distintos, o que o confronto entre os *Verfügungsverträge* nas diferentes construções (de BASEDOW, de WAGNER e de outros) demonstrou à saciedade. Se estes significam o que aquele Professor de Hamburgo propugnava, estaremos igualmente de acordo na aceitação da figura, uma vez que o que caracteriza esta atuação das partes ao

³⁰⁸ V. *infra*, pp. 346 ss..

nível jurisdicional, no quadro de relações privadas internacionais, é o exercício por essa via da sua jurisgênica autonomia privada, reconhecendo-lhe um primado lógico-normativo.

Daí que WAGNER não coloque a questão nos termos que nos parecem devidos. Recorde-se que o Autor nega, *a final*, a categoria dos contratos processuais *dispositivos*, para o que parte da relevância que dá à sua conclusão de que nada obsta ao reconhecimento de contratos processuais *vinculativos*: a partir do momento em que estes são admitidos também no seio do direito processual, sem mais se duvidar do seu cariz objetivamente jurídico-processual só por isso que são fontes de *obrigações* (ainda que não regidas diretamente pelo direito privado material das obrigações), não mais existiria um motivo para que a todo o custo se procurasse deitar aqueles na “*cama de Procrusto*” dos negócios jurídicos de disposição, com o propósito de os poder reclamar para o lado do jurídico-processual³⁰⁹. Mas, independentemente da terminologia, é ideia sua a de que os pactos de jurisdição, a par das convenções de arbitragem, ambos como “contratos sobre competência” (*Kompetenzverträge*)³¹⁰, procedem a uma mera *Modifikation* da ordenação legal de competências³¹¹. Ora: tal pressupõe que há algo previamente assente a ser por eles modificado, quando, na verdade, a faculdade de intervir ao nível da competência internacional, no suposto de que existem elementos de transnacionalidade, é uma faculdade *pré-estadual* e portanto *pré-legislativa*, lógica e normativamente antecedente de uma ordenação *legal* de competências, e portanto incompatível com uma sua configuração como mero *modificador* desta. É, no fundo, uma faculdade, não de *modificar* algo que lógico-normativamente ainda não existe, mas sim de *moldar, a priori*, a competência internacional ou a jurisdição. A *tutela* jurisdicional propriamente dita vem

³⁰⁹ GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., p. 276.

³¹⁰ V. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 556 ss., e *supra*.

³¹¹ Coincidente na linguagem (“modification de la répartition légale des compétences”), v. já HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., n.º 195 (p. 129), que porém é favorável, no seu estudo fundamental, à “influência da vontade individual sobre a competência judiciária internacional” (v. *maxime* n.ºs 212 ss. (pp. 140 ss.)).

depois, por imperativos *públicos* (ligados à afirmação da soberania do Estado) e sobretudo *privados* (para proteção dos particulares, garantindo-lhes, em último termo, o seu *day in court*).

Tão-pouco servem as concepções tradicionais que, quando propõem o carácter dispositivo (*Verfügung*) do pacto, de entre as espécies de contratos processuais, estão a pressupor³¹² que ele funda ou atribui uma competência que, à partida, não cabia ao tribunal objeto da *prorogatio*. Mas a verdade é que a escolha ínsita nesse pacto é, muitas vezes, ditada por motivos de certeza e segurança jurídica, v.g. determinando a escolha *exclusiva* de determinada jurisdição, que, atentando nas respetivas bases legais de jurisdição, seria uma das *concorrentemente* chamáveis a dirimir o litígio. Esse é motivo suficiente para nos fazer duvidar da bondade e utilidade dos termos da colocação do problema que partem desta tradicional configuração do pacto de jurisdição como *contrato processual dispositivo*, com este *nomen* ou não — isto é, no sentido de que *dispõe* sobre uma “ordenação legal de competências” que assim *modifica*, pois esta lhe é logico-normativamente antecedente. Melhor é assumir, de uma vez por todas, a pré-estadualidade do título da escolha jurisdicional: o seu fundamento último, preferimos sublinhar, há de encontrar-se num momento prévio ou pressuponente que é o da autonomia privada, “*ponto de referência absoluto*”³¹³, num momento normativo em que não existem ainda quaisquer amarras apriorísticas a uma dada ordem jurisdicional.

³¹² Como fazem v.g. LEO ROSENBERG / KARL HEINZ SCHWAB / PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 66, I. (p. 367); DIETER LEIPOLD, “Vor § 128 ZPO”, cit., Rn. 301-302.

³¹³ Na expressão de RIGAUX, que vê a *loi d'autonomie* como favorecedora do pluralismo jurídico, “*la volonté des parties constitue un point de référence absolu de nature à vaincre la diversité des législations*”: FRANÇOIS RIGAUX, “Le pluralisme en droit international privé”, in MIGUEL PÉREZ GONZÁLEZ / LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRIGUEZ / JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA / VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA / GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS (ORG.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en homenaje al Professor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1430.

Não podemos, por último, aceitar a imaginativa, mas tergiversante, proposta de BRIGGS, em face do direito europeu dado. Recorde-se que, para o autor, aquilo que as partes *tiverem convencionado*, mesmo apesar de serem estes os termos usados pelo Regulamento (em inglês: "*have agreed*"), não tem o verdadeiro carácter de um *contrato*: antes tratar-se-ia de uma “declaração formal (*formal statement*), por uma ou mais partes de outro modo não sujeitas à jurisdição de um tribunal, de que a jurisdição será aceite, e uma declaração pública (*public statement*), por uma ou mais partes, de que um tribunal que de outro modo teria jurisdição não será demandado em ação que se refira a este acordo (*agreement*)”³¹⁴. Note-se como a “descaracterização” do pacto de jurisdição como verdadeiro contrato se apoia, mesmo no discurso de BRIGGS já na era de Bruxelas Ia, numa assinalada diferença metodológica entre a *common law* inglesa e a jurisprudência do Tribunal de Justiça: o argumento é o de que este último se recusa a remeter para uma lei nacional aplicável, antes determinando a existência e efeitos de um tal pacto à luz das exigências de forma previstas no Regulamento, erigidas em garantes do consenso; ao passo que a primeira tradicionalmente procura indagar qual é a *proper law*, uma lei nacional, aplicável a cada um dos aspectos (substantivo e jurisdicional) de um acordo mais amplo³¹⁵. Ora: não só a afirmação não é absolutamente rigorosa, despreendida que está de um mínimo de correspondência na letra do atual artigo 25.º, n.º 1³¹⁶, como a sua pertinência é acrescidamente comprometida pela reformulação que dá origem a Bruxelas Ia. Com efeito, por um lado, o rigor é posto em cheque pela existência de

³¹⁴ A citação é de ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.204; mas v. já, e sobretudo (para mais desenvolvimentos), ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 7.08, 7.30, 7.34 e *passim*.

³¹⁵ ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.ºs 4.192, 4.204.

³¹⁶ Veja-se como já o Relatório SCHLOSSER se referia expressamente a *contrato*, a propósito da justificação da inclusão de regra particular para os *trusts*: "A trust need not be established by contract. A unilateral legal instrument is sufficient. As the previous version of Article 17 dealt only with 'agreements' on jurisdiction, it needed to be expanded." (PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 178 (p. 124)). V. tb., p. ex., HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., n.º 11 (p. 9); MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, "Competência internacional e autonomia privada", cit., pp. 166-167, 169.

remissões expressas do Tribunal de Justiça da União Europeia para o direito nacional aplicável. Isto é, a jurisprudência eurocomunitária não se limita a formular, sempre e em todo o caso, critérios formais ou materiais próprios para as regras de Bruxelas: mesmo quando se entretém na busca de um critério autónomo, toma como dados os supostos do *direito nacional aplicável* que, por exemplo em *Tilly Russ*, estendem a vinculação ao pacto jurisdicional na sucessão de contratos³¹⁷, ou, noutro exemplo, em *Powell Duffryn*, salvagam como pacto atributivo de jurisdição para efeitos de Bruxelas a cláusula estatutária que seja “inserida nos estatutos dessa sociedade e adoptada em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e com os próprios estatutos”³¹⁸. Por outro lado, Bruxelas Ia brinda-nos com uma regra de conflitos explícita, reconhecadora de competência ao *direito nacional aplicável* no foro escolhido, em matéria de *nulidade substancial* do acordo. Este novo dado legislativo parece-nos, por conseguinte, dificilmente compatível com a impositão de Briggs, que parece assim, diríamos em suma, perder em Bruxelas o que pretendia construir no Luxemburgo.

Depois, e logo em matéria civil e comercial, a montagem de uma explicação para o direito jurisdicional da União Europeia com base num suposto papel *relativamente excepcional*³¹⁹ da autonomia privada, por contraponto com a principal competência do foro do domicílio do réu, vai não apenas contra pronúncias fundamentais do Tribunal de Justiça, em que é de destacar, há quase trinta anos, *Anterist*, afirmando um “*princípio da autonomia da vontade*” vazado no então artigo 17.º da Convenção de Bruxelas, e insistindo no papel central da “*vontade comum das partes*”³²⁰; como vai ainda contra a

³¹⁷ TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.º 26.

³¹⁸ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19, 21.

³¹⁹ Expressamente chamando “excepcional” a tudo o que não decorra da “regra jurisdicional fundamental” do art. 2.º de Bruxelas I, hoje art. 4.º de Bruxelas Ia, ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.35.

³²⁰ TJUE, *Rudolf Anterist v. Crédit Lyonnais*, 22/85 (1986.06.24), n.º 14: “Dado que o artigo 17.º da convenção consagra o princípio da autonomia da vontade, há que interpretar o seu terceiro parágrafo de molde a respeitar a vontade comum das partes aquando da celebração do contrato. É necessário, portanto, que a vontade comum de beneficiar uma das partes resulte claramente, quer dos termos da cláusula, quer do conjunto dos indícios resultantes do contrato ou das circunstâncias que rodearam a sua celebração”. V. tb.

marcada tendência de valorização da autonomia jurisdicional, bem presente na reformulação de Bruxelas I, de que é manifestação, revertendo a jurisprudência *Gasser*, o novo artigo 31.º, n.º 2³²¹. Em face deste, cai por terra uma das principais "vantagens" que BRIGGS procurava atribuir à sua construção, designadamente a de, no seu entendimento, se explicar por que o Tribunal de Justiça encarava com radical antipatia uma intervenção do tribunal escolhido, quando existissem autos já pendentes em tribunal (não escolhido) de outro Estado-membro: "se é errado ver o acordo sobre a jurisdição de um tribunal como contratual na sua natureza, a proposição de que um outro tribunal foi demandado em incumprimento contratual é também errada: mais propriamente, esse outro tribunal foi demandado em circunstâncias em que a parte demandante tinha dado o seu consentimento à jurisdição de um tribunal diverso: o efeito disso na jurisdição do tribunal que foi demandado é matéria para este apreciar"³²². Se esta era uma construção defensável (mesmo que criticável) à luz de *Gasser*, ela perde todo o sentido perante o direito atualmente em vigor.

Já para não lembrar, enfim, que esta subalternização do exercício da autonomia da vontade — não assumida com estas palavras, mas por força decorrente da sua relação com o "quadro jurisdicional fundamental" constituído pelo foro geral do domicílio do réu — é de muito árdua compatibilização com as vigorosas afirmações de princípio, pelo

ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", cit., p. 158; FRANCESCA C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, cit., p. 49.

³²¹ Art. 31.º, n.º 2: "Sem prejuízo do artigo 26.º, se for demandado um tribunal de um Estado-Membro ao qual é atribuída competência exclusiva por um pacto referido no artigo 25.º, os tribunais dos outros Estados-Membros devem suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente por força do mesmo", afastando assim o decidido em TJUE, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C-116/02 (2003.12.09) ("O artigo 21.º da Convenção de 27 de Setembro de 1968 deve ser interpretado no sentido de que o tribunal no qual a acção foi proposta em segundo lugar e cuja competência foi reivindicada por força de um pacto atributivo de jurisdição deve, no entanto, suspender a instância até que o tribunal no qual a acção foi proposta em primeiro lugar se declare incompetente", sem que isso tivesse então sido posto em causa "quando, de uma maneira geral, a duração dos processos nos órgãos jurisdicionais do Estado contratante onde se situa o tribunal no qual a acção foi proposta em primeiro lugar é excessivamente longa"). V. ainda *infra*, pp. 355 ss..

³²² ADRIAN BRIGGS / PETER REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., n.º 2.113.

próprio autor, sobre o significado da vontade e do consentimento em matéria internacionalprivatística³²³.

4.5. Síntese conclusiva e indicação de sequência

O modo como doutrina e jurisprudência, ao nível das ordens jurídicas *nacionais*, vai moldando as convenções jurisdicionais (sob a forma, seja de pacto de jurisdição, seja também de convenção de arbitragem) é, certamente, interessante e útil no sentido em que nos fornece um substrato sobre o qual são possíveis lucubrações adicionais mais esclarecidas ou autorizadas. Mas do ponto de vista metodológico, é útil lembrar que já nos parece menos esclarecida a ideia de partir de uma dada pré-compreensão da natureza jurídica de uma convenção jurisdicional para exclusiva ou linearmente com base nela determinar os contornos de uma determinada disciplina legal ou regulamentar, ainda que estes momentos (metodo)lógicos não sejam isoláveis e não se haja de aproveitar a compreensão do instituto obtida para a solução de questões que a sua específica regulamentação normativa deixe em aberto ou em dúvida³²⁴.

Os cuidados metodológicos crescem quando lidamos com uma regulamentação de fonte europeia, e não nacional, que por isso não nasce de um filão que nos forneça, além da regra propriamente dita, uma tradição jurídica uniforme e bem sedimentada onde possamos, com mais ou menos segurança e bases de compreensão pré-partilhadas, ir buscar o indispensável *mínus* interpretativo. Seria por isso, comparativamente com uma análise de lei nacional, exponencialmente errado partir de uma pré-compreensão da noção

³²³ V. *supra*, pp. 99 ss..

³²⁴ Como exemplo de um exercício semelhante, a propósito de um específico tema de direito das sociedades (aí, trata-se o "*fundamento e natureza jurídica do direito de exclusão*" de sócios), v. CAROLINA CUNHA, "A Exclusão de Sócios (em particular, nas Sociedades por Quotas)", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), p. 215.

de convenção jurisdicional para daí fazer derivar a cabida interpretação da lei europeia sobre a matéria.

Inexoravelmente, por conseguinte, somos convidados a partir de uma indispensável compreensão da lei que nos é dada — em particular, aqui, o artigo 25.º de Bruxelas Ia —, e será sobre essa base que, atentos aos cânones metodológicos do direito da União Europeia (e, em especial, do direito jurisdicional europeu), poderão começar a desenhar-se contornos jurídicos mais definitivos — sempre aproveitando os movimentos de retorno que se geram na interpretação entre a identificação das soluções legalmente determinadas, o desvelo do fundamento ou natureza jurídica das figuras em análise e as consequências dessa caracterização para atingir novos resultados interpretativos.

Se é possível deduzir conclusões preliminares do caminho já percorrido, uma delas será a de que, não obstante não pretendermos arvorar nenhuma destas construções em *pré-compreensão*, com consequências de regime, sobre a natureza jurídica do pacto de jurisdição, se nos afigura legítimo partir da impositação que vê na *autonomia privada* um princípio a que deve ser reconhecida uma antecedência lógico-normativa sobre a ordenação legal de competências que um dado regime jurídico-positivo, temporal e espacialmente situado, institua. E, se não é possível daí extrair *diretamente* consequências de regime, é porém legítimo ver no seu reconhecimento os traços de fundo de um quadro que define como ilegítima a alegação da existência, e o exercício, de uma cláusula atributiva de jurisdição, sempre que não haja um mínimo indispensável de correspondência entre o conteúdo de uma tal cláusula e a vontade de uma pessoa — seja essa vontade *real*, ou antes apenas lhe seja *razoavelmente imputável*, em face da posição em que se encontrava de *dever* ou *poder conhecer* o conteúdo da referida cláusula, porque incluída no seio de um instrumento (contratual, estatutário ou outro) que a vincula. Numa formulação (igualmente ou ainda mais) genérica, o que dizemos equivalerá a, mais uma vez por apelo àquele princípio fundante e enquadrador do regime, rejeitar a invocação ou

o exercício da cláusula jurisdicional quando se lhe oponham *compelling reasons*, tomando de empréstimo a expressão de BRIGGS³²⁵.

Sabemos que faz parte do *código genético* do direito internacional privado a contingência tão amiúde presente de uma mesma questão jurídica poder merecer respostas diferentes, em dependência tão-somente do *lugar* (v.g., os tribunais do Estado A vs. os tribunais do Estado B), do *momento* (v.g., em sede de verificação dos pressupostos processuais numa ação judicial vs. em sede de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral) ou da *entidade* (v.g., um tribunal judicial vs. um tribunal arbitral).

Em consequência, a abordagem que pretendesse imediatamente retirar ilações definitivas a partir de uma análise dogmática dos efeitos seria metodologicamente mal orientada, atenta a natureza do DIP e das relações (privadas internacionais) que ele regula. A especificidade destas é mais um argumento, por conseguinte, para que a resposta sobre a validade e eficácia de convenções jurisdicionais como as que nos ocupam não fique *petrificada* por consequência de uma análise estrutural dos seus elementos. A insuficiência de uma tal abordagem é bem visível quando nos apercebemos de quão desconforme seria a assunção definitiva, a partir da alegação de uma das partes, de que um contrato foi efetivamente celebrado e que nesse contrato uma convenção jurisdicional está válida e eficazmente inserida (ou a ele se junta, se quisermos frasear de modo mais amigável do princípio da “autonomia” ou “separabilidade”), não obstante a contraparte negar em absoluto essa asserção e alegar desconhecer por completo a existência dessa convenção.

Se é verdade que, num contexto societário, convém (ainda mais do que noutros) favorecer a segurança jurídica e a previsibilidade, esvaziando pois de efeitos as alegações que possam visar tão-somente a dilação do litígio, esse favorecimento tem subjacente a axial importância que nesse contexto é reconhecida à autonomia privada. Ora: o sistema

³²⁵ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.47.

assim divisado entraria em crise se pudessem subsistir dúvidas sobre o são e efetivo exercício da autonomia privada num primeiro momento. E é por isso que, inexoravelmente, a natureza das relações comerciais-societárias que servem de substrato material à convenção jurisdicional que sobre elas incida não pode deixar de aconselhar um mais férreo controlo da regularidade do consentimento, para lá de uma mera presunção ou ficção, e portanto, porventura, no sentido de um controlo do exercício (*Ausübung*) da convenção jurisdicional, que vamos procurar articular.

Mesmo apesar de, a um nível de regulação ainda pré-estadual, não podermos definir com pormenor quais são os pressupostos definidores de uma válida e plenamente eficaz manifestação dessa autonomia privada, o próprio valor fundamental da autonomia privada deve iluminar a descoberta dos seus limites; e só há manifestação da autonomia privada que possa valer para o direito quando as exigências mínimas de prestação de consentimento possam dizer-se acauteladas. Não se afigura possível a construção de um arrazoado que plena e coerentemente articule o modo como esses pressupostos do válido e eficaz consentimento se deduzem da própria ideia de autonomia privada³²⁶. Antes nos parece que as características do pacto em análise, colhidas no direito jurisdicional da União Europeia (enquanto cláusulas atributivas de jurisdição) e no direito das sociedades nacional (enquanto cláusulas jurídico-societárias) poderão ser a chave definidora desses pressupostos, posto que iluminada a sua compreensão sob a luz da noção de autonomia privada.

Parece assim evidente, de todo este percurso, que a radicação de um acordo jurisdicional, escolhendo um determinado foro como internacionalmente competente, na *liberdade individual*, cujo *reconhecimento* pela ordem jurídica é *declarativo* e não

³²⁶ Assim tb. JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 57, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 206.

verdadeiramente constitutivo — não obstante na prática seja decisiva a tomada em consideração da "vontade política de cada legislador conforme expressada no direito positivo dos sistemas jurídicos particulares"³²⁷, contendo limitações justificadas por variadas exigências —, é em simultâneo fundamento para a defesa da mais ampla eficácia do consentimento livremente expressado pelas partes, mas é também o mais forte argumento favorável à introdução ou reconhecimento de mecanismos jurídico-positivos de tutela do exercício *não antijurídico* dessa mesma liberdade. Ou seja, o respeito pelo relevo jurisdicivo da autonomia privada deve andar a par, no plano jurídico-positivo, do

³²⁷ JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl", cit., p. 57, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 206. Poderia sugerir-se que uma linha orientadora traçada a partir destes elementos (entre outros) mancinianos se desviaria da construção do internacionalprivatista de oitocentos que operou a famosa *revolução copernicana* conflitualista, Friedrich Carl von SAVIGNY (terá sido PAUL HEINRICH NEUHAUS, "Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache", in *RabelsZ*, 15, 1949-1950, p. 366, quem primeiro cunhou a metáfora ("*kopernikanische Wende*"). Com efeito, SAVIGNY refere-se expressamente à palavra *autonomia*, enquanto se ocupa de apontar as confusões geradas por uma colocação "na mesma linha" (*auf Eine Linie*) de *lei e contrato*, na ocasião em que trata de analisar as fontes de direito (*Rechtsquellen*): v. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Veit, Berlin, 1840, p. 12 (sublinhando este ponto, ANDREAS VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 7). Mas quando no seu *Band VIII* o autor estabelece muitas das bases do hodierno direito internacional privado, apresentando a doutrina que tem como ponto nevrálgico o conceito de *sede da relação jurídica* (*Sitz des Rechtsverhältnisses*; v. por último, a propósito deste, MARC-PHILIPPE WELLER, "Die lex personalis im 21. Jahrhundert: Paradigmenwechsel von der lex patriae zur lex fori", in KATHARINA HILBIG-LUGANI / DOMINIQUE JAKOB / GERALD MÄSCH / PHILLIP M. REUB / CHRISTOPH SCHMID (HRSG.), *Zwischenbilanz — Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2015, pp. 898-899; e, em geral, para breve sinopse, MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective", in *Recueil des Cours*, t. 304 (2003), 2004, pp. 206 ss.), não vemos fundamentalmente contrariado o papel da autonomia privada; fala-se, pelo contrário, em vários passos, da *submissão voluntária* (*freiwillige Unterwerfung*) como determinante da *sede*, mesmo que aquela não seja necessariamente *expressa* (*ausdrücklich erklärt*) (assim, a propósito do direito das obrigações (*Obligationenrecht*), FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band VIII, Veit, Berlin, 1849, pp. 203, 206 e *passim*; cfr. ainda ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *DIP — introdução*, cit., pp. 104 ss., em particular p. 112). Por outro lado, tal como SAVIGNY nos propunha o reconhecimento de *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*, em lado algum procurámos aqui atribuir um papel ilimitado ou incontrolável ao exercício da autonomia privada: lá onde, retomando MANCINI, ela não é *inofensiva*, a ordem jurídica positiva tem que intervir. Não é essencialmente dissemelhante, para terminarmos, o equilíbrio para que nos atrai a lapidar afirmação savigniana: "Das für jedes Rechtsverhältniß anwendbare örtliche Recht steht unter einem sehr ausgedehnten Einfluß des freien Willens der beteiligten Personen, also der freiwilligen Unterwerfung unter ein bestimmtes Rechtsgebiet, *obgleich dieser Einfluß nicht als ein unbegrenzter gedacht werden darf*. Dieselbe freiwillige Unterwerfung ist auch wirksam bei dem für die einzelnen Rechtsverhältniße geltenden Gerichtsstand." (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System* (*Band VIII*), cit., p. 110, com sublinhado nosso).

reconhecimento de instrumentos que garantam com *robustez* a correspondência entre o facto ou ato gerador da vinculação (*jurisdicional*, para o que nos interessa) com uma vontade, tanto quanto possível, *real* e inequívoca; ou, no mínimo, *legitimamente atribuível* ao sujeito que a ela fique vinculado.

Como construir um tal sistema? Não é indispensável uma veia criadora particularmente inspirada: basta perscrutar com alguma atenção os instrumentos que as várias ordens jurídicas colocam à nossa disposição. E *pluralizamos* a referência a *ordens jurídicas* por um motivo que nunca é extemporâneo recordar: se por um lado o centro da nossa atenção é o regime constante do Regulamento Bruxelas Ia, e portanto da ordem jurídica *da União Europeia*, a verdade é que esta, enquanto verdadeiro *sistema aberto*³²⁸, reconhece na matéria jurídico-societária *espaços de normaçoão* que são preenchidos pelo *direito das sociedades nacional* — cabendo procurar a melhor delimitação ou conformação possível entre estas esferas normativas.

Ponto de partida é, de toda a maneira, o modo como as regras europeias tratam a cláusula atributiva de jurisdição e as características do *consenso contratual* que nesse âmbito é exigido, motivo por que metodologicamente se justifica, nesta hora, partirmos para a cabida análise dos pressupostos de que Bruxelas Ia, em particular o seu artigo 25.º, faz depender a admissibilidade, validade e eficácia dos pactos de jurisdição.

Não queremos com isto fazer entrar no discurso normativo orientações que a regulação europeia, na sua letra legal ou por via da jurisprudência do Luxemburgo,

³²⁸ Com efeito, a remissão, explicitada em *Powell Duffryn*, do direito jurisdicional da União Europeia para o direito das sociedades nacional, do qual nunca deixa de depender a conformidade da adoção da cláusula jurisdicional estatutária, confirma o sistema jurídico europeu, neste como noutros pontos, como um *sistema aberto*, na definição de Joseph RAZ: "*A normative system is an open system to the extent that it contains norms the purpose of which is to give binding force within the system to norms which do not belong to it. The more 'alien' norms are 'adopted' by the system the more open it is. It is characteristic of legal systems that they maintain and support other forms of social grouping. Legal systems achieve this by upholding and enforcing contracts, agreements, rules and customs of individuals and associations, and by enforcing through their rules of conflict of laws the laws of other countries, and so on*" — JOSEPH RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 1990 (repr.: 2002), pp. 152-153.

deixou vincadamente de fora. Não pretendemos, com efeito, introduzir testes substantivos que tenham sido afastados, de caso pensado e com vista a fortificar a uniformização do regime das cláusulas jurisdicionais obtida com as regras de Bruxelas, em prol da segurança e certeza jurídica e da previsibilidade nas relações privadas internacionais (v., expressamente, o considerando n.º 15 de Bruxelas Ia). Mas as particularidades do pacto de jurisdição *societário*, como vai parecendo por este caminho justificar-se, são de feição a que para ele faça também sentido o que se vai desenhando como plausível entre as vozes mais autorizadas: um controlo do exercício da cláusula atributiva de jurisdição, no pressuposto de que as *instâncias normativas* de controlo (i) se vão buscar, em princípio, *não* ao direito nacional, mas sim *ao próprio direito da União Europeia*, no espaço em que Bruxelas Ia, particularmente no seu artigo 25.º, tenha *exaurido* o teste de existência e validade, mas (ii) admitem a consideração dos supostos normativos nacionais, designadamente os jurídico-societários, se e quando, mais uma vez, *o próprio direito da União Europeia* o autoriza ou impõe. Ora, é esta última a circunstância, não esqueçamos, perante a jurisprudência *Powell Duffryn* que, antes de tudo o mais, não deixa nunca de pressupor, e assim ressaltar, a *conformidade jussocietária* da adoção e invocação de uma cláusula atributiva de jurisdição, em tanto que *cláusula estatutária*, e nessa exata medida sujeita à *lex societatis* e aos estatutos sociais.

Os termos desta interação têm agora que ser definidos. Para essa tarefa, importa, de seguida, conhecer o regime geral da cláusula atributiva de jurisdição, segundo Bruxelas Ia, atentando nos seus aspectos fundamentais para este exame (Capítulo III), e as especificidades de regime que as particularidades jurídico-societárias nele introduzem (Capítulo IV)³²⁹.

³²⁹ A que se seguirá ainda um derradeiro Capítulo V, cuja razão de existir melhor se compreenderá *infra* (cfr. pp. 513 ss.).

CAPÍTULO III — Requisitos gerais (independentes do contexto societário) de admissibilidade, validade e eficácia do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia

1. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia

1.1. Introdução, enquadramento e história normativa

Bem se compreenderá que sendo nosso intuito, logo que viável, avançar para a exegese das normas a que está sujeito o pacto de jurisdição *societário*, perante Bruxelas Ia (conforme tais normas se encontram regulamentarmente postas e jurisprudencialmente desveladas), não há todavia como justificadamente omitir uma primeira aproximação ao regime do Regulamento, centrada nos requisitos de admissibilidade, validade e eficácia dos pactos de jurisdição em geral, para que possamos conhecer o quadro geral de exigências ao nível do *acordo* ou *consentimento*, que, em matéria estatutária-societária, sofre desvios significativos, jurisprudencialmente desenvolvidos a partir do Luxemburgo.

O artigo 25.º inaugura uma breve mas nuclear Secção 7 do Regulamento, dedicada à "*Extensão de competência*", que é apenas composta pelos artigos 25.º e 26.º. Sobre o primeiro, basta realçar que é muito provavelmente, neste Regulamento, a disposição mais importante para o comércio jurídico internacional³³⁰. No tocante ao artigo 26.º³³¹, o

³³⁰ PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011, Rn. 1; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 5. PAUL JENARD, "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968)", in *JOCE*, 5.3.79, C 59, 1979, p. 37: "*It is unnecessary to stress the importance of this jurisdiction, particularly in commercial relations.*"

³³¹ O teor do art. 26.º é o seguinte:

"1. Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal de um Estado-Membro no qual o requerido compareça. Esta regra não é aplicável se a comparência tiver de único objetivo arguir a incompetência ou se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 24.º.

preceito dedica-se aos efeitos de uma *comparência* em juízo da parte demandada, que não conteste a competência do tribunal em que é chamada a litigar: esse comportamento valerá como "submissão tácita"³³², nos termos do artigo 26.º, de tal modo que se produz um efeito derogatório, não apenas das competências legalmente estabelecidas, mas também de um prévio pacto de jurisdição, que fosse plenamente válido e eficaz à luz do artigo 25.º de Bruxelas Ia. Com efeito, em *Elefanten Schuh*³³³, o Tribunal de Justiça afirma o atual artigo 26.º enquanto *regra* (é competente o tribunal perante o qual o requerido compareça) seguida de uma *exceção* (a mera comparência não funda a competência se (i) com aquela se pretende tão-só arguir a incompetência, ou (ii) existe outro tribunal com competência internacional exclusiva de fonte legal, nos termos do atual artigo 24.³³⁴). O pacto de jurisdição do artigo 25.º, bem se vê, *não é uma dessas exceções*, pelo que, tão-pouco se impondo entendimento diverso pelo "esquema geral" ou pelos "objetivos" da Convenção de Bruxelas, nada justificava, e nada justifica, que as

2. Nas matérias abrangidas pelas secções 3, 4 e 5, caso o requerido seja o tomador do seguro, o segurado, o beneficiário do contrato de seguro, o lesado, um consumidor ou um trabalhador, o tribunal, antes de se declarar competente ao abrigo do n.º 1, deve assegurar que o requerido seja informado do seu direito de contestar a competência do tribunal e das consequências de comparecer ou não em juízo."

³³² Ainda que em primeira linha esta *comparência* seja interpretada autonomamente, em face do teor deste artigo 26.º, o que significa (ou que comportamentos valem como) *submissão tácita* caberá ao direito processual nacional (do Estado do tribunal demandado) determinar: v. com exemplos FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 26", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.º 9.100, e já PAUL JENARD, "Report", cit., p. 38 ("It will be necessary to refer to the rules of procedure in force in the State of the court seised of the proceedings in order to determine the point in time up to which the defendant will be allowed to raise this plea, and to determine the legal meaning of the term 'appearance'").

³³³ TJUE, *Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain*, 150/80 (1981.06.24), n.ºs 8-11.

³³⁴ A que há ainda que juntar-se, porventura, conforme o entendimento que venha a ser dado acerca da *consequência jurídica* da falta de informação agora imposta pelo novo n.º 2 do artigo 26.º (uma questão nova, surgida da reformulação operada em Bruxelas Ia), se (iii) o requerido for um dos beneficiários das competências protetoras (tomador do seguro / segurado / beneficiário do contrato de seguro / lesado, consumidor ou trabalhador) e esse requerido não houver sido "*informado do seu direito de contestar a competência do tribunal e das consequências de comparecer ou não em juízo*". Sobre a questão, e respondendo no sentido de que não há *comparência* jurisdicionalmente eficaz se os sujeitos enumerados no art. 26.º, n.º 2, não receberam esta informação (o que pode ainda produzir consequências em sede de reconhecimento e execução), FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 26", cit., n.º 9.111; v. ainda *infra*, com mais indicações, no parágrafo de texto correspondente à n. 570.

partes em tal pacto de jurisdição fiquem impedidas de submeter *voluntariamente* o seu litígio a um tribunal diferente do previamente estipulado³³⁵.

Pode, enfim, dizer-se, a propósito desta Secção 7, que os textos comunitários são *liberais* no papel de relevo que é reservado à *vontade das partes* em matéria de competência internacional dos tribunais³³⁶, que pode assim manifestar-se por duas vias sucessivas: na inserção de cláusulas de escolha de foro pelas partes nos seus contratos, com a sua admissibilidade, validade e efeitos determinados pelo artigo 25.º de Bruxelas Ia; ou, no próprio processo já pendente, quando o autor demanda junto de um tribunal à partida internacionalmente incompetente³³⁷, mas o demandado não contesta essa competência, conforme resulta do atual artigo 26.º.

O artigo 25.º de Bruxelas Ia é provavelmente a disposição do Regulamento que mais alterações sofreu³³⁸, não só por ocasião das sucessivas adesões de novos Estados à Convenção de Bruxelas de 1968³³⁹, à medida que concomitantemente cresciam as

³³⁵ TJUE, *Elefanten Schuh*, 1981.06.24, cit., n.º 10; cfr. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 26", cit., n.º 9.108.

³³⁶ Assim também, expressamente, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe — Matières civile et commerciale — Règlements 44/2001 et 1215/2012 — Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5e. éd., LGDJ, Paris, 2015, n.º 122.

³³⁷ V., todavia, as salvaguardas do n.º 4 do art. 25.º.

³³⁸ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e. éd., LGDJ, Paris, 2010, n.º 123. Em geral, para os dados fundamentais sobre a história desde a Convenção de Bruxelas de 1968 até ao Regulamento Bruxelas I de 2001, v. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 70 ss..

³³⁹ A *Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial*, assinada em Bruxelas em 27 de Setembro de 1968. Na redação que lhe foi dada pela Convenção Relativa à Adesão do Reino da Espanha e da República Portuguesa, concluída em Donostia, San Sebastián, em 26 de Maio de 1989 (sobre esta, v. MARTINHO DE ALMEIDA CRUZ / MANUEL DESANTES REAL / PAUL JENARD, "Relatório sobre a Convenção respeitante à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa à Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e mercantil e ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça com as adaptações que lhe foram introduzidas pela Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e as adaptações que lhe foram introduzidas pela Convenção relativa à adesão da República Helénica", in *JOCE*, 28.7.90, C 189, 1989), foi em Portugal aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 34/91, de 24 de abril; com

Comunidades Europeias e ulteriormente a União Europeia, como também na recente reformulação de Bruxelas I (Regulamento n.º 44/2001)³⁴⁰ pelo Regulamento n.º 1215/2012.

Quanto àquelas, o texto permaneceu o mesmo em 1996, mas foi modificado tanto em 1978 como em 1989. Em 1978, aquando da adesão de Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, e por referência ao texto originário³⁴¹, introduziram-se, entre as alternativas *formais* para a prestação ou formação do consentimento, os *usos do comércio internacional*, no que hoje corresponde à alínea *c* do n.º 1 do artigo 25.º, assim se modificando o preceito com o intuito de eliminar a exigência prática de uma específica confirmação escrita da aceitação da cláusula, tida por incompatível com as práticas desse comércio internacional³⁴². Além disso, da nova versão de 1978, constavam ainda pela primeira vez o preceito, que sobrevivia ainda em 2001, enquanto n.º 3 do artigo 23.^{o343}, hoje ausente de Bruxelas Ia em função da extensão do atual artigo 25.º também aos casos

pormenores sobre o seu início de vigência e a sua reprodução, pode ver-se ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado — Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 1193 ss..

³⁴⁰ Muitas vezes identificado como o *Regulamento de 2000*, uma vez que é desse ano a sua aprovação: *Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*.

³⁴¹ Que era o seguinte, na sua versão oficial inglesa: "*If the Parties, one or more of whom is domiciled in a Contracting State, have, by agreement in writing or by an oral agreement evidenced in writing, agreed that a court or the courts of a Contracting State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction.*

Agreements conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to the provisions of Article 12 or 15, or if the courts whose jurisdiction they purport to exclude have exclusive jurisdiction by virtue of Article 16.

If the agreement conferring jurisdiction was concluded for the benefit of only one of the parties, that party shall retain the right to bring proceedings in any other court which has jurisdiction by virtue of this Convention."

³⁴² PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 179 (pp. 124-125). V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994, p. 123.

³⁴³ Nesta última formulação: "Sempre que tal pacto atributivo de jurisdição for celebrado por partes das quais nenhuma tenha domicílio num Estado-Membro, os tribunais dos outros Estados-Membros não podem conhecer do litígio, a menos que o tribunal ou os tribunais escolhidos se tenham declarado incompetentes". Sobre o preceito e a sua desnecessidade em Bruxelas Ia, veja-se ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 53.

em que nenhuma das partes esteja domiciliada em um Estado-membro (mas os seus tribunais sejam convencionalmente escolhidos), e bem assim as regras dedicadas ao *trust*, cujas especificidades não cabiam na norma originária pensada para o *contrato*³⁴⁴. Em 1978, permanecia o originário terceiro e último parágrafo, mas agora quarto, que, para a hipótese de o pacto ser celebrado *em favor de apenas uma das partes*, reconhecia a manutenção do poder dessa parte de demandar em qualquer outro tribunal objetivamente competente nos termos da Convenção (ao contrário da sua convencionalmente limitada contraparte). Tal norma, que se manteve em 1989 (e 1996, em que, como indicámos, não houve alterações no disposto pelo então artigo 17.º), acabou por cair em 2001, em face das críticas que mereceu pela incerteza que trazia (dada a frequente dificuldade em determinar se efetivamente apenas os interesses de uma ou outra parte eram servidos pela cláusula)³⁴⁵. Em 1989, por ocasião da adesão de Espanha e Portugal³⁴⁶, o parágrafo 1.º recebeu mais uma alternativa de forma, entretanto já inserida na Convenção de Lugano de 1978, e que se mantém até hoje³⁴⁷: a saber, a celebração do pacto de jurisdição "em conformidade com os usos que as partes tenham estabelecido entre si". E, introduzido também em 1989, foi eliminado em 2001 um parágrafo 6.º do artigo 17.º, que tratava em particular os contratos individuais de trabalho, dando porém origem, com ligeiras modificações, ao artigo 21.º de Bruxelas I (atual artigo 23.º de Bruxelas Ia)³⁴⁸.

Depois, na comunitarização da Convenção, "transformando-a" em Regulamento, em 2001, o texto convencional foi essencialmente mantido. Não obstante, são de

³⁴⁴ Assim expressamente, como alertámos já *supra*, PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 178 (p. 124).

³⁴⁵ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 148; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 157.

³⁴⁶ Cfr., com várias informações sobre a celebração e vigência desta Convenção de San Sebastián de 1989, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *DIP — Colectânea*, cit., pp. 1193 ss..

³⁴⁷ Tanto no sistema de Bruxelas Ia (art. 25.º, n.º 1, *b*)), como no de Lugano: cfr. hoje a Convenção de Lugano de 2007 (relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial), no seu art. 23.º, n.º 1, *b*).

³⁴⁸ "As partes só podem derrogar ao [sic] disposto na presente secção por acordos que:

1) Sejam posteriores ao surgimento do litígio; ou

2) Permitam ao trabalhador recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção."

sublinhar as duas eliminações já identificadas, ou seja, os parágrafos 4.º (cláusulas "a favor apenas de uma das partes") e 6.º (contratos individuais de trabalho), a par de uma novidade como n.º 2 do artigo 23.º de Bruxelas I (correspondente ao mesmo n.º do artigo 25.º em Bruxelas Ia): *à forma escrita* acima exigida (como uma das alternativas de forma) equivale "qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto".

Por último, não menos relevantes se afiguram as transformações de 2012, que produzem efeitos desde 2015³⁴⁹. No que respeita aos termos literais do artigo 25.º, deixa de exigir-se, para a aplicabilidade do artigo, conforme o seu n.º 1, o domicílio de *pelo menos uma das partes* no território de um Estado-membro³⁵⁰, com o que concomitantemente deixa de justificar-se a regra do n.º 3 do artigo 23.º de Bruxelas I³⁵¹; a questão de saber se o pacto é *substancialmente nulo*, e assim inidóneo para a prorrogação de competência, há de ser respondida, conforme dita o mesmo n.º 1 do artigo 25.º, nos termos da lei do Estado-membro cujos tribunais foram escolhidos (a *lex fori prorogati*); e é acrescentado um novo n.º 5, afirmando a *independência* do pacto (ou a sua *separabilidade*, ou *autonomia*, para usar significantes mais comuns, provindos da prática e teoria arbitral, onde esses termos estão bem cunhados), por referência aos "*outros termos do contrato*".

Encontramos, assim, uma disposição que tem hoje o seguinte teor:

³⁴⁹ V. um resumo em ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", in NORMANN WITZLEB / REINHARD ELLGER / PETER MANKOWSKI / HANNO MERKT / OLIVER REMIEN (HRSG.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 786 ss..

³⁵⁰ Em vez de "*Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro (...)*" (art. 23.º, n.º 1, de Bruxelas I), temos hoje: "*Se as partes, independentemente do seu domicílio (...)*" (art. 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia).

³⁵¹ V. *supra*, n. 343; RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I* pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 1282, n. 56.

SECCÃO 7

Extensão de competência

Artigo 25.º

1. Se as partes, independentemente do seu domicílio, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado- -Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, a menos que o pacto seja, nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário. O pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado:

- a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita;*
- b) De acordo com os usos que as partes tenham estabelecido entre si; ou*
- c) No comércio internacional, de acordo com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial concreto em questão.*

2. Qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto equivale à «forma escrita».

3. O tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro a que o ato constitutivo de um trust atribuir competência têm competência exclusiva para conhecer da ação contra um fundador, um trustee ou um beneficiário do trust, se se tratar de relações entre essas pessoas ou dos seus direitos ou obrigações no âmbito do trust.

4. Os pactos atributivos de jurisdição bem como as estipulações similares de atos constitutivos de trusts não produzem efeitos se forem contrários ao disposto nos artigos 15.º, 19.º ou 23.º, ou se os tribunais cuja competência pretendam afastar tiverem competência exclusiva por força do artigo 24.º.

5. Os pactos atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como acordo independente dos outros termos do contrato.

A validade dos pactos atributivos de jurisdição não pode ser contestada apenas com

o fundamento de que o contrato não é válido.

Uma referência à história normativa do artigo 25.º de Bruxelas Ia, enquanto disposição reguladora dos pactos de jurisdição, não deve ignorar as significativas alterações que a tutela dos mesmos sofreu por via de modificações introduzidas noutros preceitos. Além da simples "limpeza" de uma disposição (um tanto esdrúxula) que constava do artigo 63.º, n.º 2, de Bruxelas I, hoje definitivamente afastada³⁵², há sobretudo que aludir aos novos artigos 31.º, n.º 2, por um lado, e 33.º e 34.º, por outro.

O artigo 31.º, n.º 2, é de uma importância fundamental no novo Regulamento, visto que nele toma forma uma marcada orientação valorizadora do papel da autonomia privada no contexto jurisdicional. Nele se determina: "*Sem prejuízo do artigo 26.º*", isto é, da competência judiciária do tribunal em que haja *comparecido* o demandado (suposto que este não argua oportunamente a incompetência, e com as limitações previstas no n.º 2 dessa regra), "*se for demandando um tribunal de um Estado-Membro ao qual é atribuída competência exclusiva por um pacto referido no artigo 25.º, os tribunais dos outros*

³⁵² De seu teor (transcrevemos também o n.º 1, para que se compreenda o preceito):

"1 — *Qualquer pessoa domiciliada no território do Luxemburgo e demandada perante um tribunal de outro Estado-Membro em aplicação do ponto 1 do artigo 5.º pode arguir a incompetência desse tribunal, quando o local final da entrega da mercadoria ou fornecimento do serviço se situar no Luxemburgo.*

2 — *Quando, em aplicação do n.º 1, o local final da entrega da mercadoria ou fornecimento do serviço se situar no Luxemburgo, qualquer pacto atributivo de jurisdição só tem validade se for estabelecido por escrito ou verbalmente com confirmação escrita, na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 23.º (...)*". O preceito terá surgido como forma de proteger os domiciliados no Luxemburgo, que, dada a exiguidade do território desse Estado, frequentemente estariam sujeitos à competência especial dos tribunais dos seus vizinhos Estados. E a especialidade introduzida quanto aos pactos de jurisdição limitava as alternativas formais ao dispor dos contraentes (em versão anterior, constante do art. I, n.º 2, do protocolo anexo à Convenção de Bruxelas, exigia-se mesmo uma expressa e específica aceitação do pacto). Todavia, mesmo no seu último fraseado de 2001, dificilmente se justificava uma tal regra, que poderia mesmo não passar um teste de (não) discriminação em razão da nacionalidade (art. 18.º TFUE — como deixa sugerido PETER MANKOWSKI, "Art 63", cit., Rn. 1). De todo o modo, o n.º 4 do art. 63.º estabelecia um prazo de vigência de "*seis anos a contar da data da entrada em vigor do presente regulamento*": por isso falámos em texto numa "limpeza", e não em verdadeira alteração legislativa, em face da ausência da disposição em Bruxelas Ia, uma vez que já desde 2008 não mais era aplicável (veja-se ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 788; PETER MANKOWSKI, "Art 63", cit., Rn. 17; e o considerando n.º 27 de Bruxelas I).

*Estados-Membros devem suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente [p]or^[353] força do mesmo". A nova regra surge em resposta à prática que se foi desenvolvendo ao abrigo da jurisprudência Gasser³⁵⁴ do Tribunal de Justiça: uma vez que se tinha por consequência forçosa do *princípio da confiança mútua* a impossibilidade de um tribunal em segundo lugar demandado, mesmo tratando-se do que foi efetivamente escolhido pelas partes, poder fazer avançar a lide antes de uma pronúncia do incompetente — mas primeiramente demandado — tribunal de outro Estado-membro, a parte disposta a manobras dilatórias *torpedeava* a tutela jurisdicional da contraparte através da propositura de ação nesse tribunal incompetente; tudo o que tinha que saber fazer era ser célere nessa propositura (mais célere que a contraparte) e, de preferência, escolher para o efeito tribunais particularmente lentos (tornaram-se assim famosos os chamados *torpedos italianos*)³⁵⁵. Com o novo artigo 31.º, n.º 2, e em marcado contraste com o anterior artigo 27.º de Bruxelas I e respetivo entendimento jurisprudencial, as regras sobre litispendência passam agora a dar prioridade ao tribunal escolhido pelas partes subscritoras da cláusula atributiva de jurisdição³⁵⁶.*

Embora não tão diretamente como o artigo 31.º, n.º 2, também as novas regras dos artigos 33.º e 34.º relevam para a tutela dos pactos de jurisdição³⁵⁷. Trata-se de

³⁵³ Corrigimos em texto lapso de escrita (colocando "por" em vez de "for"), tanto quanto sabemos não retificado após a publicação originária em Jornal Oficial (cfr. tb. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>, por último acedido em 18.6.2015).

³⁵⁴ V. *supra*, n. 321.

³⁵⁵ A expressão foi primeiramente cunhada por MARIO FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", in *European Intellectual Property Review*, vol. 19, 1997, pp. 382 ss., e permanece amplamente utilizada.

³⁵⁶ O que, bem se adivinha, não significa que os problemas interpretativos tenham necessariamente terminado: desde logo, não fica inequivocamente assente até que ponto, ou com que profundidade, o *forum derogatum* terá que se debater com a questão da existência e validade do pacto de jurisdição que a parte demandada invoque, para pôr em causa a competência desse foro. V. *infra*, pp. 355 ss..

³⁵⁷ A elas nos referimos *en passant*, enquanto mecanismos de abertura de uma margem de conformação ao julgador: RUI PEREIRA DIAS, "Suing Corporations in a Global World", cit., p. 510; RUI PEREIRA DIAS, "Conflitos de Jurisdições e Direito das Sociedades", in STEFAN GRUNDMANN / CHRISTIAN BALDUS / CLÁUDIA LIMA MARQUES / MARTIN SCHMIDT-KESSEL / HEINZ-PETER MANSEL / RUI PEREIRA DIAS /

disposições inteiramente novas no sistema jurisdicional de Bruxelas, destinadas a regular a litispendência (art. 33.º)³⁵⁸ e a conexão (art. 34.º)³⁵⁹ relativamente a ações que corram os

THOMAS RICHTER (HRSG.), *Altruistische Rechtsgeschäfte sowie Methoden- und Rezeptionsdiskussionen im deutsch-lusitanischen und internationalen Rechtsverkehr / Negócios Jurídicos Altruistas e Discussões de Método e de Receção nas Relações Jurídicas Luso-Alemãs e Internacionais — 20. und 21. Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Osnabrück und Köln / 20º e 21º Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas em Osnabruque e Colônia*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 132.

³⁵⁸ Nos termos do art. 33.º:

"1. Se a competência se basear nos artigos 4.º, 7.º, 8.º ou 9.º e estiver pendente uma ação num tribunal de um país terceiro no momento em que é demandado o tribunal de um Estado-Membro numa ação com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes que a ação no tribunal do país terceiro, o tribunal do Estado-Membro pode suspender a instância se:

- a) For previsível que o tribunal do país terceiro profira uma decisão passível de ser reconhecida e, consoante os casos, executada no Estado-Membro em causa; e
- b) O tribunal do Estado-Membro estiver convencido de que a suspensão da instância é necessária para a correta administração da justiça.

2. O tribunal do Estado-Membro pode dar continuação ao processo a qualquer momento se:

- a) A instância no tribunal do país terceiro tiver sido suspensa ou encerrada;
- b) O tribunal do Estado-Membro considerar improvável que a ação no tribunal do país terceiro se conclua num prazo razoável; ou
- c) For necessário dar continuação ao processo para garantir a correta administração da justiça.

3. O tribunal do Estado-Membro encerra a instância se a ação no tribunal do país terceiro tiver sido concluída e resultar numa decisão passível de reconhecimento e, se for caso disso, de execução nesse Estado-Membro.

4. O tribunal do Estado-Membro aplica o presente artigo a pedido de qualquer das partes ou, caso a lei nacional o permita, oficiosamente."

³⁵⁹ Nos termos do art. 34.º:

"1. Se a competência se basear nos artigos 4.º, 7.º, 8.º ou 9.º e estiver pendente uma ação no tribunal de um país terceiro no momento em que é demandado o tribunal de um Estado-Membro numa ação conexa com a ação intentada no tribunal do país terceiro, o tribunal do Estado-Membro pode suspender a instância se:

- a) Houver interesse em que as ações conexas sejam instruídas e julgadas em conjunto para evitar decisões que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente;
- b) For previsível que o tribunal do país terceiro tome uma decisão passível de reconhecimento e, se for caso disso, de execução nesse Estado-Membro; e
- c) O tribunal do Estado-Membro estiver convencido de que a suspensão da instância é necessária para uma correta administração da justiça.

2. O tribunal do Estado-Membro pode dar continuação ao processo a qualquer momento se:

- a) Considerar que deixou de haver risco de decisões inconciliáveis;
- b) A instância no tribunal do país terceiro tiver sido suspensa ou encerrada;
- c) Considerar improvável que a ação intentada no tribunal do país terceiro se conclua num prazo razoável; ou
- d) For necessário dar continuação ao processo para garantir a correta administração da justiça.

3. O tribunal do Estado-Membro pode encerrar a instância se a ação intentada no tribunal do país terceiro tiver sido concluída e resultar numa decisão passível de reconhecimento e, se for caso disso, de execução nesse Estado-Membro.

seus termos em tribunais de terceiros Estados. Não cabendo ora uma análise mais aprofundada, indique-se de toda a maneira que, na hipótese de uma ação (idêntica ou conexa) estar pendente em tribunal de Estado terceiro primeiramente demandado, é agora concedido ao tribunal de um Estado-membro um *espaço de modelação judicial* que lhe permite, verificadas as exigências previstas (no n.º 1 de cada preceito), *suspender a instância*, em favor portanto da tramitação processual em terceiro Estado³⁶⁰. Ora: se esta última se basear numa cláusula atributiva de jurisdição, então o tribunal europeu terá nestes novos preceitos um instrumento ao seu dispor para, ainda que indiretamente, fazer honrar (e assim fortalecer) convenções jurisdicionais³⁶¹.

Por fim, já não ao nível *normativo* em sentido mais estrito, mas tão-pouco de importância despreciable, cumpre chamar a atenção para os novos *considerandos*³⁶² n.ºs 20 e 22, que amparam algumas das novidades mencionadas:

(20) *A questão de saber se o pacto atributivo de jurisdição a favor de um tribunal ou dos tribunais de um Estado-Membro é nulo quanto à sua validade substantiva deverá ser decidida segundo a lei do Estado-Membro do tribunal ou tribunais designados no pacto, incluindo as regras de conflitos de leis desse Estado-Membro.*

(...)

(22) *Todavia, a fim de reforçar a eficácia dos acordos exclusivos de eleição do foro competente e de evitar táticas de litigação abusivas, é necessário prever uma exceção à regra geral de litispendência, a fim de lidar de forma satisfatória com uma situação particular no âmbito da qual poderão ocorrer processos concorrentes. Trata-se da situação em que é demandado um tribunal não designado num acordo*

4. *O tribunal do Estado-Membro aplica o presente artigo a pedido de qualquer das partes ou, caso a lei nacional o permita, oficiosamente.*"

³⁶⁰ Sublinhando a "atenuação da rigidez do sistema" ao admitir-se "uma *judicial discretion* que, até ao presente, era estranha ao sistema do regulamento", RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I*", cit., p. 1287, tb. p. 1300.

³⁶¹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 7.

³⁶² Sobre o valor a reconhecer aos considerandos, v. *infra*, texto do parágrafo correspondente à n. 887.

exclusivo de eleição do foro competente, e o tribunal designado é demandado subsequentemente num processo com a mesma causa de pedir e com as mesmas partes. Nesse caso, o tribunal demandado em primeiro lugar deverá ser chamado a suspender a instância logo que o tribunal designado seja demandado e até que este declare que não é competente por força do acordo exclusivo de eleição do foro competente. Isto destina-se a, numa tal situação, dar prioridade ao tribunal designado para decidir da validade do acordo e em que medida o acordo se aplica ao litígio pendente. O tribunal designado deverá poder prosseguir a ação independentemente de o tribunal não designado já ter decidido da suspensão da instância.

Esta exceção não deverá aplicar-se a situações em que as partes tenham celebrado acordos exclusivos de eleição do foro competente incompatíveis ou aos casos em que o tribunal designado num tal acordo tenha sido demandado em primeiro lugar. Nesses casos, deverá aplicar-se a regra geral de litispendência constante do presente regulamento.

O primeiro, numa formulação quase equivalente a uma verdadeira regra de conflitos, evidencia o que resulta do n.º 1 do artigo 25.º e acrescenta, no final, uma alusão que não é de uma consensual bondade, prometendo por isso não ser pacífica: a ressalva das regras de conflitos da *lex fori prorogati*, incluídas assim na referência global. Levantam-se desde logo dois problemas sensíveis: qual o valor normativo a reconhecer a esta consagração do reenvio, por via de um (mero) considerando regulamentar; e qual a lei que, em Portugal e nas outras ordens jurídicas nacionais, no seio da União, rege a dita *validade substantiva* do pacto de jurisdição, atendendo a que Roma I, em tese convocável, exclui porém expressamente do seu âmbito material de aplicação "*as convenções de arbitragem e de eleição do foro*" (art. 1.º, n.º 2, e), de Roma I)³⁶³.

³⁶³ V. *infra*, pp. 343 ss..

O segundo, de maior extensão textual, é um auxiliar relevante para a compreensão do artigo 31.º, n.º 2, e sua articulação com o artigo 25.º, sempre que estejamos perante pactos atributivos de *jurisdição exclusiva* (e não, portanto, de meras *competências concorrentes*, para as quais por definição a norma não é talhada). Mesmo que, de modo algum, resolva todos os problemas interpretativos que se vão antecipando, ele apresenta uma solução para a existência de dois pactos incompatíveis (caso em que esta regra excepcional de litispendência não mais funcionará); bem como uma fundamentação expressa, e assim orientadora da sua interpretação, ao deixar claro que se destina a "*dar prioridade ao tribunal designado para decidir da validade do acordo e em que medida o acordo se aplica ao litígio pendente*". Que fique desde já salientado, conforme resulta do seu teor literal e deste último considerando, que a regra especial de litispendência do artigo 31.º, n.º 2, só atua quando, após o tribunal primeiramente demandado, *também o tribunal designado* é chamado a decidir: ou seja, a parte interessada em fazer valer o acordo jurisdicional tem que propor ação no *forum prorogatum*, para que a suspensão da outra instância seja desencadeada. Pelo contrário, o n.º 2 do artigo 31.º não terá qualquer aplicabilidade se a ação proposta no foro escolhido for a primeira (funciona então o n.º 1, com a sua regra geral *prior in tempore* quanto à litispendência), ou ainda se não chegar a ser proposta essa mesma ação no *forum prorogatum*, caso em que terá que ser o tribunal efetivamente demandado (e não o escolhido, mas não demandado) a apreciar a validade e eficácia da cláusula atributiva de jurisdição³⁶⁴. O que terá que fazer, recorde-se, à luz dos elementos normativos que resultem autonomamente da interpretação do artigo 25.º, e, para lá disso, à luz, não da sua própria lei nacional, mas sim da *lex fori prorogati* (sem esquecer as regras de reenvio desta, no suposto de que se tomarem por aceites como normativamente vinculativos os termos do considerando n.º 20).

³⁶⁴ V. a propósito PETER ARNT NIELSEN, "The new Brussels I Regulation", in *CML Rev.*, 50, 2013, p. 521; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.48.

Recorde-se por último, que a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, também em suas vestes e nomenclaturas passadas, a anteriores disposições às quais as atuais *sucedem* (desde logo, a Convenção de Bruxelas de 1968, em certos casos em mais do que uma formulação, como o seu artigo 17.º, antecessor do atual artigo 25.º; mas também o Regulamento n.º 44/2001, em que a aludida regra estava no artigo 23.º), é *válida igualmente para as disposições do atual Regulamento*, sempre que as mesmas, como é comumente o caso, "*possam ser qualificadas de equivalentes*"³⁶⁵.

1.2. Âmbito territorial de aplicação

O artigo 25.º insere-se num ato legislativo da União que em geral define (material, territorial e temporalmente) os confins da sua própria normação³⁶⁶. Não obstante, particulares disposições do Regulamento podem ter, e efetivamente têm, âmbitos de aplicabilidade distintos. É comum, a este propósito, lembrar as diferenças entre as regras de competência internacional (em princípio dependentes do *domicílio do réu*³⁶⁷) e as regras que dispõem sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (cuja aplicabilidade supõe estarmos perante *decisões proferidas num Estado-Membro*³⁶⁸); mas também por referência a particulares preceitos se fazem sentir diferenças, algo que está patente no artigo 25.º.

³⁶⁵ Assim desde logo (na relação entre a Convenção de Bruxelas e o Regulamento n.º 44/2001) TJUE, *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, C-189/08 (2009.07.16), n.º 18; e, entre outros, TJUE, *eDate Advertising GmbH v. X / Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, C-509/09 / C-161/10 (2011.10.11), n.º 39; TJUE, *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA et al.*, C-543/10 (2013.02.07), n.º 18.

³⁶⁶ Veja-se com pormenor, em português, mas ainda à luz do Regulamento de 2000, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., pp. 76 ss.; e hoje, entre muitos, MARTIN ILLMER, "2. I. Scope [Art. 1]", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.ºs 2.14 ss.

³⁶⁷ Como decorre do art. 4.º, mas com vários desvios de que é exemplo, justamente, o art. 25.º, como veremos de seguida em texto.

³⁶⁸ V. arts. 36.º ss. de Bruxelas Ia.

Assim, ao contrário do que em geral vale com respeito à competência internacional (veja-se o artigo 4.º), o artigo 25.º será aplicável *independentemente do domicílio de cada uma das partes* (n.º 1). Trata-se de uma novidade de Bruxelas Ia, visto que o artigo 23.º do Regulamento de 2000 requeria que "*pelo menos uma [parte] se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro*". Deste jeito, na ausência de pressupostos ligados à *localização das partes* envolvidas no litígio, o elemento fundamental, quanto ao *território*, para a aplicabilidade do artigo 25.º a um litígio internacional³⁶⁹ é a convencional eleição *de um tribunal de um Estado-membro* (incluindo-se como tal, para o efeito, a Dinamarca^{370,371}).

³⁶⁹ Mas quanto a esta *internacionalidade*, v. em seguida, pp. 207 ss..

³⁷⁰ Nos termos do *Protocolo relativo à posição da Dinamarca*, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Dinamarca não estava originariamente vinculada ao Regulamento Bruxelas I. Mas juntou-se aos demais Estados-membros, com efeitos a partir de 1.7.2007, através do *Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial* (v. JO 16.11.2005 L 299, pp. 62 ss.), que nos seus artigos 1.º e 2.º fixava os termos da aplicação do Regulamento nas relações entre a Comunidade e a Dinamarca. Desde logo se estabeleceu no artigo 3.º, n.º 2, o procedimento para a hipótese de reformulação de Bruxelas I: "*Sempre que forem aprovadas alterações ao regulamento, a Dinamarca deve notificar à Comissão a sua decisão de aplicar ou não o conteúdo de tais alterações. A notificação deve ser efectuada na data da aprovação das alterações ou no prazo de 30 dias*" (v. ainda o considerando n.º 41 de Bruxelas Ia). Ora: a Dinamarca cumpriu o procedimento (v. JO 21.3.2013 L 79, p. 4: "Em cumprimento do disposto no artigo 3.º, n.º 2, do Acordo, a Dinamarca notificou à Comissão, por ofício de 20 de dezembro de 2012, a sua decisão de aplicar o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, o que significa que o dispositivo deste Regulamento será aplicado às relações entre a União Europeia e a Dinamarca"; v. tb. JO 13.8.2014 L 240, p. 1, com respeito à alteração a Bruxelas Ia pelo Regulamento (UE) n.º 542/2014), o que conduz enfim à plena aplicabilidade, também nas relações com esse Estado-membro, de Bruxelas Ia. Sobre o papel da Dinamarca no plano da cooperação judiciária europeia, v. com interesse HARRY DUINTJER TEBBENS, "International Law in Aid of Imperfect Community Law — The Case of Civil Justice Cooperation with Denmark", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse — Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal, Oslo, 2007 (sobre Bruxelas I em particular, v. pp. 455 ss.).

³⁷¹ Sobre um particular problema, digamos, *espacio-temporal*, porque resultante do alargamento da União e concomitantemente do âmbito territorial de Bruxelas I, v. (crítico de jurisprudência recente do TJUE aí tratada) CHRIS THOMALE, "Brüssel I und die EU-Osterweiterung — Zum raumzeitlichen Anwendungsbereich der EuGVVO (zu EuGH, 21.6.2012 — Rs. C-514/10 — Wolf Naturprodukte GmbH ./ SEWAR spol. sr.o.)", in *IPrax*, Heft 3, 2014, pp. 239 ss..

1.3. Âmbito temporal de aplicação

O Regulamento é aplicável, em geral, às ações propostas a partir de *10 de janeiro de 2015*, nos termos dos seus artigos 66.º e 81.^{o372}

Não é, porém, isenta de dúvidas a aplicabilidade do Regulamento de 2012 a ações propostas, é certo, a partir de 10 de janeiro de 2015, mas em cumprimento de um pacto de jurisdição celebrado *antes* dessa data. Com efeito, a importância do factor tempo há de ser relevada em face das modificações operadas na relação jurídica, que virá a ser controvertida, entre a *data da celebração do pacto de jurisdição* e a *data da propositura da ação*. Muito pode mudar: quer pela *dinâmica da lei* — no caso, Bruxelas Ia, que vem suceder a Bruxelas I, de 2001, que por sua vez sucedeu à Convenção de Bruxelas de 1968, por seu turno objeto de alterações introduzidas em sede de diversas convenções de adesão, designadamente em relação aos pactos de jurisdição —; quer pela *dinâmica da relação jurídica*, que poderá revestir-se de um *carácter internacional* numa daquelas *datas* mas não na outra (ou porque era *interna* e se *internacionalizou*; ou porque era *internacional* e se tornou *meramente interna*)³⁷³.

Atentando por ora na *dinâmica da lei*, há uma primeira inclinação para, sublinhando o carácter jurídico-processual da norma em causa, sustentar a aplicação imediata do regulamento novo, mesmo no que respeita aos pactos celebrados antes da data de início da sua aplicabilidade. Mas não pode esquecer-se o carácter *voluntário* do pacto atributivo de jurisdição: em se tratando de uma manifestação de vontade dos sujeitos que nele tomam parte, o mais justo ponto de partida seria antes, pode dizer-se, o da aplicação das normas em vigor à data da sua celebração, as únicas que, numa

³⁷² Com exceção dos arts. 75.º e 76.º, respeitantes a comunicações e notificações devidas entre os Estados-membros e a Comissão; e com inclusão dos arts. 71.º-A a 71.º-D, inseridos mais tarde através de uma alteração operada em Bruxelas Ia ainda antes da data de início da sua aplicabilidade, referentes ao Tribunal Unificado de Patentes e ao Tribunal de Justiça do Benelux: v. o Regulamento (UE) n.º 542/2014, de 15.5.2014 (publicado em JO 29.5.2014 L 163, pp. 1 ss.).

³⁷³ Sobre este ponto, v. *infra*, em seguida, em texto, 1.5..

perspetiva de previsibilidade e certeza jurídica, são aptas a reger a validade do consentimento prestado. A resposta normativa a este problema não é unívoca. Por um lado, há exigências *substantivas* para a validade do pacto, hoje explicitamente regidas pela *lex fori prorogati* (v. art. 25.º, n.º 1), sendo por isso de buscar em uma tal lei, concretamente competente, a resposta final para o seu próprio problema de direito intertemporal. Por outro lado, há requisitos eminentemente *formais* constantes do próprio artigo 25.º de Bruxelas Ia, cuja aplicabilidade há de definir-se *autonomamente* por interpretação deste ato da União, e em relação aos quais não restam dúvidas de que *é o próprio regulamento* que deve fornecer a resposta.

Quanto àquelas primeiras exigências *substantivas*, justifica-se, em face do seu carácter *contratual*, reger o pacto pela lei em vigor no momento da sua conclusão³⁷⁴. Já no que diz respeito às exigências eminentemente *formais*, o Tribunal de Justiça decidiu em *Sanicentral* que "uma escolha de foro não tem efeitos jurídicos enquanto não for proposta a ação judicial, e apenas se torna conseqüente na data em que esse processo é iniciado"³⁷⁵. Sobre esta base — que manifestamente retém em mente, na análise da cláusula, as suas características *processuais*, e não tanto ou também *contratuais*³⁷⁶ —

³⁷⁴ Assim ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 59; contra, RAINER HAUSMANN, "Internationales Vertragsrecht", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR — Art 11-29 Rom I-VO; Art 46b, c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2)*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 2011, Rn. 242.

³⁷⁵ TJUE, *Sanicentral GmbH v. René Collin*, C-25/79 (1979.11.13), n.º 6 (traduzido a partir da versão inglesa); v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Âmbito de Aplicação do Regulamento N.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I)", in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 682 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "Da aplicação no tempo e no espaço das Convenções de Bruxelas de 1968 e de Lugano de 1988 (Anotação de jurisprudência)", in *RFDUL*, XXXV, N.º 2, 1994, pp. 472 ss.; PAULA COSTA E SILVA, "A longa *vacatio legis* da Convenção de Bruxelas — Anotação aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 1997 e de 5 de Novembro de 1998", in *ROA*, 58., 1998, pp. 1233 ss..

³⁷⁶ Assim já sugeriam as conclusões do Advogado-Geral CAPOTORTI em *Sanicentral* (p. 3436), opondo o "forensic" ao "contractual": "(...) the Convention lays down certain features of substantive law 'as conditions precedent for the formalities required by the Convention to be fulfilled', which it is the function of the Convention to regulate. In other instances (as in the cases envisaged in Article 17), the expression of the parties' desire to achieve a certain forensic result is set in a contractual context, that is, in a context of substantive law. But what is important, for the purposes of the Convention, is the effect to be given to a specific instrument (in this case the clause of exclusion inserted in the contract of employment): to be more

interpretou-se o artigo 17.º da Convenção de Bruxelas no sentido de que às cláusulas inseridas em contratos (de trabalho, naquele caso) celebrados antes da entrada em vigor da Convenção deveria, não obstante, aplicar-se esta, com a possível consequência de que essas cláusulas viessem a ser consideradas *válidas, mesmo quando* seriam nulas em face da lei nacional aplicável à data da celebração do contrato. Até que ponto esta orientação vale para outras *transições* normativas não é ponto assente, embora se possa tomá-lo como válido ponto de partida na ausência de pronúncia do Tribunal em sentido contrário³⁷⁷: sugere-se mesmo que, dada a coerência de uma tal solução com o artigo 66.º de Bruxelas Ia, assim se generalize a regra e se considere formalmente válido o pacto de jurisdição que cumpra as exigências eminentemente *formais* do artigo 25.º *pele menos na data da propositura da ação*³⁷⁸. Ou, indo mais longe num *favor validitatis*, que se proceda a uma diferenciação que vise em último termo a proteção das expectativas dos contraentes no pacto celebrado: se foram cumpridas as exigências previstas à data da celebração, mesmo que se não cumpram as atualmente em vigor, há que manter a aceitação da validade do pacto³⁷⁹.

precise the forensic effect — which cannot take place except in the context of litigation and therefore after the litigation has been commenced — independently of the contractual issues.". A propósito, mas num caso puramente interno, v. STJ, proc. n.º 07B2775, Relator: Salvador da Costa (2007.10.18): "A validade da cláusula de competência inserida em contratos de direito substantivo, com natureza e efeitos processuais, é exclusivamente aferida pela lei substantiva e adjectiva vigente ao tempo da sua outorga".

³⁷⁷ Assim tb. MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, "Pactos de jurisdição — A propósito de um acórdão do STJ — Supremo Tribunal de Justiça — Acórdão n.º 3/2008, de 28 de Fevereiro (Agravo n.º 1321/2007 — 2.ª Secção)", in *O Direito*, V, 2008, p. 1166.

³⁷⁸ V. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 60.

³⁷⁹ PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 9b, 14, 76; PETER MANKOWSKI, "Art 66", cit., Rn. 9; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 28; JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 445, n. 1176; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 66 EuGVO, Rn. 3. Para LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., o art. 66.º de Bruxelas I "é aplicável aos pactos de jurisdição", com a consequência de que este Regulamento rege também os "celebrados antes da sua entrada em vigor, quando a ação seja intentada depois da sua entrada em vigor"; no mesmo sentido (em crítica à orientação do STJ no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 3/2008, por este tribunal ter considerado aplicável a Convenção de Bruxelas em virtude de a cláusula constar de contrato celebrado em 1997, isto é, antes do início de vigência de Bruxelas I; v. de seguida, em texto), MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "A aplicação de um pacto de jurisdição a litígios emergentes da cessação da relação contratual — Acórdão de

Este problema de direito transitório mereceu a atenção das nossas instâncias superiores, gerando até dissensões, expressadas em declarações de voto, no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 3/2008 do Supremo Tribunal de Justiça. Após decisões contrárias dentro do próprio Supremo³⁸⁰, interveio o plenário para fixar que "*a cláusula de atribuição de jurisdição inserida num contrato de agência mantém-se em vigor para todas as questões de natureza cível, mesmo que relativas ao respectivo regime*

Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2008 de 28.2.2008, Proc. 1321/07", in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 27, 2009, p. 33; SOFIA HENRIQUES, *Os Pactos de Jurisdição no Regulamento (CE) n.º 44/2001*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 29-30.

³⁸⁰ V. STJ, proc. n.º 98B814, Relator: Pereira da Graça (1998.11.05); STJ, proc. n.º 05B4294, Relator: Pereira da Silva (2006.02.16). V. ainda, em aplicação das regras de Bruxelas sobre os pactos de jurisdição, STJ, proc. n.º 06A3304, Relator: Faria Antunes (2006.11.14) (impondo a exclusividade da escolha convencional de um tribunal italiano); STJ, proc. n.º 165595/11.1YIPRT.G2.S1, Relator: Gabriel Catarino (2014.07.09) (não aceitando a vinculação a uma cláusula constante de "anexo a um pedido de encomenda para prestação de serviços", inidónea para o cumprimento das devidas exigências de prestação de consentimento); STJ, proc. n.º 2425/07.1TBVCD.P1.S1, Relator: Serra Baptista (2010.03.04) (competência internacional de tribunal italiano, escolhido pelas partes); STJ, proc. n.º 5138/06.8TBSTS.S1, Relator: Serra Baptista (2009.10.08) (aceitando a validade de pacto de jurisdição constante de "factura pró-forma" ("Ora, a aceitação da referida factura pró-forma, com os documentos que lhe eram anexos, e as demais condutas das partes no desenvolvimento do negócio, que acabou com entrega de mercadoria por banda da ré (...) levamos a concluir que a A., não tendo feito qualquer reserva à questionada cláusula, a ela aderiu. É este um caso típico de acordo por adesão"), mesmo perante cláusula de escolha de lei e de foro (assimétrica) bastante esdrúxula, no que toca à *electio iuris*, deixada à livre escolha unilateral (!) superveniente de uma das partes (era seu teor, segundo o acórdão: "*A todos os contratos celebrados no âmbito das presentes condições aplica-se o Direito Holandês. Para dirimir qualquer litígio emergente desses contratos será competente o foro de Zwolle. A vendedora reserva-se, todavia, a faculdade de submeter um eventual litígio com o comprador à jurisdição do país onde este se encontra matriculado ou possui a sua sede legal, podendo livremente optar ou não pela aplicação do direito vigente nesse país*"); citando o aresto de forma aparentemente concordante, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Intellectual Property, Jurisdiction and Applicable Law in Portugal: An Overview", in *bfd*, vol. LXXXVI, 2010, p. 171); STJ, proc. n.º 08B278, Relator: Santos Bernardino (2008.05.27) (aplicação de Bruxelas I para considerar válido pacto de jurisdição celebrado anteriormente, em ação proposta após a sua entrada em vigor); STJ, proc. n.º 03A3137, Relator: Ponce de Leão (2003.11.11) (à luz do art. 17.º da Convenção de Bruxelas, considera que "não é aceitável que, com a simples indicação na cláusula 4ª de um tribunal alemão como o competente para dirimir qualquer litígio resultante do contrato, impressa no verso da nota de encomenda, se haja convencionado validamente entre as partes um pacto atributivo de jurisdição"); STJ, proc. n.º 04B4076, Relator: Neves Ribeiro (2004.12.16) (aceita a validade e o efeito exclusivo de um pacto de jurisdição entre sociedades portuguesa e espanhola, afirmando, em *obiter dictum* mas curiosamente trazido ao sumário, que a "denúncia" de uma cláusula jurisdicional, inserida num contrato em favor exclusivo de uma das partes (o que não sucedia no caso decidendo), "será possível, se a cláusula atributiva de competência tiver sido estabelecida apenas a favor da parte denunciadora, podendo esta recorrer a qualquer tribunal competente").

*de cessação*³⁸¹. Mais relevante para nós, na presente ocasião, do que esta incontestável afirmação da manutenção da vigência da cláusula mesmo para os assuntos relativos à *cessação* da relação substantiva a que diz respeito, é de notar que houve dúvidas acerca do instrumento normativo a convocar. Ao tribunal, numa linguagem inequívoca, pareceu-lhe "irrecusável" que, em face da cláusula com o teor "*para qualquer controvérsia relativa ao presente contrato será exclusivamente competente o foro de Verbania (Itália)*", a sua interpretação tivesse "que ser feita, apurando-se a vontade negocial das partes, designadamente, tendo em conta o quadro legislativo vigente, à data do surgimento do contrato, ou seja, a Convenção de Bruxelas" de 1968. Duas declarações de voto, porém, acompanhadas por vários outros Juízes Conselheiros, divergiram quanto a este ponto: Maria dos Prazeres BELEZA fez consignar que considerava "aplicável o regime constante do regulamento n.º 44/2001"³⁸²; e Salvador da COSTA, na mesma linha, defendeu que "a validade do pacto de jurisdição em causa deve ser determinada [em] harmonia com a lei de processo que vigorava aquando da sua celebração (artigo 12.º, n.º 1, do Código Civil)"³⁸³. Isto é, veja-se, como aliás sucede no resto do acórdão — ao convocarem-se também os artigos 236.º e 238.º do CC —, na indiscutida pressuposição de que a lei material portuguesa seria aplicável³⁸⁴.

³⁸¹ STJ, proc. n.º 07B1321, Relator: Rodrigues dos Santos (2008.02.28).

³⁸² Remetendo para o ac. citado na n. anterior: STJ, proc. n.º 04B4076, 2004.12.16, cit..

³⁸³ Apelando tb. ao art. 12.º, n.º 1, do CC, em apoio da aplicação da lei nova, pode ver-se DÁRIO MOURA VICENTE, "A competência internacional no Código de Processo Civil revisto: aspectos gerais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 247.

³⁸⁴ Cfr. os reparos de MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, "Pactos de jurisdição — A propósito de um acórdão do STJ", cit., pp. 1167 ss.. V. *infra*, sobre a lei aplicável ao pacto de jurisdição, pp. 338 ss..

1.4. Âmbito material de aplicação

Por fim, *ratione materiae*, o regulamento aplica-se "em matéria civil e comercial, independentemente da natureza da jurisdição", com exclusões desse âmbito material de aplicação explicitadas no artigo 1.º, n.ºs 1 (2.ª parte) e 2.

A expressão *matéria civil e comercial*, hoje tão natural para os que lidam com a legislação europeia, é relativamente recente e, ao contrário do que se poderia pensar, em boa medida *artificial* no léxico jurídico de grande parte dos direitos nacionais, no sentido de que a mais comum *divisio* sempre foi traçada entre o *público* e o *privado*, exprimindo-se este último, muitas vezes, por sinédoque ou simples relevação do seu tronco comum, por *civil*. Não tão comumente se via o *civil* e o *comercial* num só conjunto: o último é tradicionalmente visto como uma parte do primeiro, ao menos quando entendido naquele amplo sentido³⁸⁵.

Cedo se estabeleceu, não obstante alguma discussão doutrinária precedente³⁸⁶, que *matéria civil e comercial* é uma "noção autónoma", para a interpretação da qual se deve "fazer referência não ao direito de qualquer dos Estados-membros em causa, mas, por um lado, aos objectivos e ao sistema da convenção, e, por outro, aos princípios gerais que resultam do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais"³⁸⁷. Vemos, portanto,

³⁸⁵ V. JÜRGEN BASEDOW, "Civil and Commercial Matters — A New Key Concept of Community Law", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse — Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal, Oslo, 2007, pp. 153, 155; MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.15.

³⁸⁶ V. com pormenor REINHOLD GEIMER, "Auslegung des Begriffs 'Zivil- und Handelssachen' — EuGH, Urteil vom 14.10.1976 - Rs 29/76", in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 11, 1977, p. 492; PETER SCHLOSSER, "Auslegung des Begriffs 'Zivil- und Handelssachen' — EuGH, Urteil vom 14.10.1976 - Rs 29/76", in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 11, 1977, pp. 457 ss..

³⁸⁷ TJUE, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG v. Eurocontrol*, 29/76 (1976.10.14), n.º 3 e dispositivo; em anotação ao acórdão, vejam-se os dois textos citados na n. anterior. Cfr. tb. JÜRGEN BASEDOW, "Civil and Commercial Matters", cit., pp. 158 ss.; TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation*, cit., pp. 31 ss.. Veja-se ainda TJUE, *Volker Sonntag e Land Baden Württemberg v. Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann e Stefan Waidmann*, C-172/91 (1993.04.21) (o critério é reafirmado no n.º 18), com o particular interesse de considerar-se incluído na noção autónoma em análise a questão da responsabilidade de um professor por violação de deveres de vigilância dos seus alunos, questão essa que

dois pólos que dominam esta tarefa hermenêutica: por um lado, *os objetivos e o sistema da Convenção* (hoje, do Regulamento); e os *princípios gerais que resultam do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais*. A este critério, diversas vezes reafirmado, acrescenta-se também que "o âmbito de aplicação do mesmo regulamento deve ser determinado, principalmente, com base nos elementos que caracterizam a natureza das relações jurídicas entre as partes no litígio ou objeto deste (...)"³⁸⁸. Nisto pode ver-se

de acordo com o direito material alemão mereceria uma qualificação jurídico-pública (sobre este ponto, v. em especial os n.ºs 20 a 26 do acórdão). Acrescente-se TJUE, *Eirini Lechouritou et al. v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, C-292/05 (2007.02.15), com um elenco de decisões que afirmam o critério e, no seu n.º 29, a sua seguinte formulação: "(...) importa recordar que, para garantir, na medida do possível, a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações que decorrem da Convenção de Bruxelas para os Estados contratantes e as pessoas interessadas, não se deve interpretar os termos da referida disposição como um simples reenvio para o direito interno de um ou outro dos Estados em questão. Resulta assim da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que o conceito de «matéria civil e comercial» deve ser considerado um conceito autónomo que é preciso interpretar por referência, por um lado, aos objetivos e ao sistema da Convenção de Bruxelas e, por outro, aos princípios gerais resultantes do conjunto dos sistemas jurídicos nacionais (...)". Já em TJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v. Sunico ApS et al.*, C-49/12 (2013.09.12), há preocupações de que o Tribunal tenha porventura ido demasiado longe, ao incluir na *matéria civil e comercial* "uma ação na qual uma autoridade pública de um Estado-Membro reclama, a pessoas singulares e coletivas estabelecidas noutro Estado-Membro, uma indemnização pelos danos causados por uma associação criminosa com o objetivo de fraude ao imposto sobre o valor acrescentado devido no primeiro Estado-Membro". Parece ter colhido a alegação de que, quanto ao seu "fundamento jurídico", "a ação dos Commissioners contra a Sunico não se baseia na legislação do IVA do Reino Unido, mas na alegada participação da Sunico numa associação criminosa com o objetivo de fraude, à qual é aplicável o direito em matéria de responsabilidade civil extracontratual desse Estado-Membro" (n.º 37); apontando, porém, que esta qualificação (proveniente do direito nacional) foi assumida *sem qualquer sentido crítico*, o que é incompatível com a *autonomia* do critério do art. 1.º, n.º 1, para lá de, entre outros, uma possível incompatibilidade de uma tal leitura com as competências da União quanto a *cooperação judiciária em matéria civil* (art. 81.º TFUE) e, conseqüentemente, a necessidade de qualificação de um litígio com estas características como *matéria fiscal, aduaneira ou administrativa* (art. 1.º, n.º 1, de Bruxelas I(a)), CHRISTIAN KOHLER, "Abschied von der autonomen Auslegung des Begriffs "Zivil- und Handelssachen" in Art. 1 EuGVVO? (zu EuGH, 12.9.2013 — Rs. C-49/12 — The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs ./ Sunico ApS e. a.)", in *IPrax*, Heft 1, 2015, pp. 52 ss..

Veja-se, por fim, o considerando n.º 10 de Bruxelas Ia: "*O âmbito de aplicação material do presente regulamento deverá incluir o essencial da matéria civil e comercial, com exceção de certas matérias bem definidas, em particular as obrigações de alimentos, que deverão ser excluídas do âmbito de aplicação do presente regulamento na sequência da adoção do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.*"

³⁸⁸ Citamos TJUE, *Siegfried János Schneider*, C-386/12 (2013.10.03), n.º 18, em que todos estes critérios surgem num mesmo número em conjunto; mas esta formulação remonta já a TJUE, *LTU v. Eurocontrol*,

sublinhada uma mitigação daquele teste comparatístico³⁸⁹, inserido no segundo termo da primeira formulação, o que terá a sua origem na crescente dificuldade de operar um tal exame, numa Europa que não mais é apenas a seis³⁹⁰. Em suma, o ponto de partida pragmático é uma análise da relação jurídica que verifique se ela cabe dentro dos confins da *matéria civil e comercial* de acordo com a lei nacional aplicada. Se tal for o caso, não se levantam mais dificuldades. Caso contrário, ainda assim poderá ser assimilada àquela noção, se isso resultar de uma *interpretação autónoma* da causa de pedir, ou da decisão a ser reconhecida e executada, uma interpretação que atente essencialmente nos *elementos que caracterizam a natureza das relações jurídicas entre as partes no litígio ou objeto deste*³⁹¹.

1976.10.14, cit., n.º 4; v. tb. TJUE, *Land Berlin v. Ellen Mirham Sapir, Michael J. Busse et al.*, C-645/11 (2013.04.11), n.º 32.

³⁸⁹ Que terá sido decisivo por exemplo no já citado TJUE, *Sonntag v. Waidmann*, 1993.04.21, cit., como resulta expresso dos seus n.ºs 21 e 22: "(...) a circunstância de o docente ter o estatuto de funcionário e agir como tal não pode ser determinante. (...) na maioria dos sistemas jurídicos dos Estados-membros, o comportamento de um docente de uma escola pública, na sua função de acompanhamento de alunos aquando de uma excursão escolar, não constitui uma manifestação do poder público, na medida em que esse comportamento não corresponde ao exercício de poderes exorbitantes em relação às regras aplicáveis nas relações entre os particulares."

³⁹⁰ Assim ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.58.

³⁹¹ Cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Civil and Commercial Matters", cit., pp. 158 ss., *maxime* p. 159; MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.16. V. ainda DÁRIO MOURA VICENTE, "Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", cit., p. 301, resumindo: "(...) o Regulamento abrange a generalidade dos litígios relativos a direitos patrimoniais, salvo quando os mesmos oponham particulares e autoridades públicas (...)". Muito recentemente, em análise do homónimo conceito no âmbito do Regulamento (CE) n.º 1393/2007, relativo à citação e notificação de atos judiciais e extrajudiciais *em matérias civil e comercial*, o TJUE pronunciou-se no sentido de que determinadas ações judiciais (aliás politicamente sensíveis, porque relativas a direitos adquiridos ao abrigo de títulos de dívida pública grega), em que se pedia a condenação por perturbação da posse e propriedade de obrigações emitidas pelo Estado, cabiam (para efeitos daquele Regulamento) ainda na *matéria civil e comercial*, "na medida em que não se afigure que não se enquadram manifestamente na matéria civil e comercial": TJUE, *Stefan Fahrenbrock et al v. República Helénica*, processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13 (2015.06.11). Importa notar que o *standard de prova* é aqui decisivamente diverso do que pode vir a reger a apreciação da competência internacional (n.º 46: "(...) tendo em conta objetivos de celeridade na notificação dos atos judiciais previstos pelo Regulamento n.º 1393/2007, o órgão jurisdicional em causa deve limitar-se a uma primeira análise dos elementos necessariamente parciais de que dispõe para considerar se a ação aí intentada se enquadra na matéria civil ou comercial ou numa matéria que não está abrangida por esse regulamento, em conformidade com o seu artigo 1.º, n.º 1, não podendo o resultado dessa análise prejudicar, evidentemente, as decisões ulteriores que o órgão jurisdicional competente venha a

Pensando no particular contexto jurídico-societário, duas notas se justificam.

Primeira, a de que não nos deparamos aqui com dificuldades na inclusão da litigância societária, que especificamente nos interessa; o que contrasta vivamente com o que, em sede de *lei aplicável*, resulta dos Regulamentos Roma I (obrigações contratuais) e Roma II (obrigações extracontratuais), com formulações próximas. Nestes últimos, excluem-se expressamente do âmbito material de aplicação as "*questões reguladas pelo direito das sociedades*" e as "*obrigações extracontratuais que decorram do direito das sociedades*"³⁹². Poderá justificar-se uma tal discrepância em relação a Bruxelas Ia com a necessidade de, ao nível dos conflitos de leis, encontrar soluções especiais para a *lex societatis*, o que motivou em vários momentos a sugestão da adoção de atos legislativos a tal dedicados³⁹³. Na ausência, contudo, de avanços nesse ponto até à data, continuamos

adotar no que diz respeito, designadamente, à sua própria competência e ao mérito da ação em causa"); é necessária esta contextualização para que se compreenda por que "basta", para o TJUE, "que o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se conclua que não é manifesto que a ação intentada não se enquadra na matéria civil ou comercial" (n.º 49).

³⁹² Em Roma I, cfr. art. 1.º, n.º 2, f):

"2. São excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento: (...)

f) *As questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade; (...)*".

Em Roma II, cfr. art. 1.º, n.º 2, d):

"2. São excluídas do âmbito de aplicação do presente regulamento: (...)

d) *As obrigações extracontratuais que decorram do direito das sociedades e do direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, como em matéria de constituição, através de registo ou por outro meio, de capacidade jurídica, de funcionamento interno ou de dissolução das sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, de responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade, relativamente às obrigações da sociedade ou de outra entidade, e de responsabilidade pessoal dos auditores perante uma sociedade ou perante os titulares dos seus órgãos no exercício do controlo legal de documentos contabilísticos; (...)*".

Sublinhe-se, como a mais importante diferença no aqui articulado, a exclusão em Roma II da *responsabilidade dos auditores*, que não tem um paralelo na disposição de Roma I.

³⁹³ V. a propósito HANS JÜRGEN SONNENBERGER / FRANK BAUER, "Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrecht auf europäischer/deutscher Ebene", in HANS JÜRGEN SONNENBERGER (HRSG.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts — Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates*

com essas diferenças de alcance da normação jusconflitual europeia, indesejáveis mesmo do ponto de vista de uma sua *coerência*, e das vantagens hermenêuticas que esta sempre poderia trazer³⁹⁴.

Segunda, a de que a indagação que aqui fazemos, no domínio da litigância societária, exige que aludamos, por um lado, a uma exclusão da livre estipulação jurisdicional que, no seio de Bruxelas Ia, é salvaguardada: diz ela respeito aos particulares litígios societários em relação aos quais foi fixada uma *competência internacional exclusiva*, consagrada no artigo 24.º, n.º 2, e ressalvada no artigo 25.º, n.º 4. A sua análise

für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 3 ss. (em primeira análise de alguns dos seus aspetos, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 180 ss.).

³⁹⁴ V. JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS, "General Report", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 10-12. Crítico, apontando os problemas que podem surgir das diferenças entre Roma e Bruxelas em matéria societária, MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Brussels I, Rome I and Issues of Company Law", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 233-235. Mas, também judiciosamente, ROBIN MORSE, "The Substantive Scope of Application of Brussels I and Rome I: Jurisdiction Clauses, Arbitration Clauses and ADR Agreements", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004: "First, while there is nothing wrong in principle with seeking 'convergence' as between Brussels I and the future Rome I, convergence should not be regarded as an end in itself or as the pursuit of juristic elegance. Brussels I and Rome I are, or will be, intensely practical instruments designed to guide the legal and commercial communities and their contents should be sensitive to the needs of those communities and relatively easy to understand. Secondly, the quest for convergence should not be allowed to hinder the international operation of other legal institutions which operate within but also beyond the European Union. Reference may here be made, in particular, to arbitration and ADR. Thirdly, convergence as between texts is apt to be approximate, since texts consist of words, and words, however obvious their apparent meaning may be, require interpretation in particular contexts. There is thus a role for courts in a harmonisation process and this cannot be ignored." (pp. 193-194). V. ainda, sobre a necessidade ou vantagens de uma hermenêutica que abrace mais do que um domínio (no caso, conflitos de leis e de jurisdições) e mais do que um ato legislativo da União (no caso, Roma I e Roma II vs. Bruxelas I; na terminologia do Autor, *rechtsgebiets- e rechtsaktsübergreifende Auslegung*), JAN D. LÜTTRINGHAUS, "Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht — Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse", in *RabelsZ*, 77, 2013, pp. 31 ss.; e, em geral sobre a interpretação de instrumentos de direito europeu, STEFAN GRUNDMANN, "»Inter-Instrumental-Interpretation« — Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht", in *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 882 ss..

terá sede um pouco mais adiante neste estudo³⁹⁵. Por outro lado, exige-se ainda a alusão a duas exclusões do âmbito material de aplicação do regulamento, que, pela sua proximidade, importam diretamente para a *litigância societária*: a da *insolvência* e a da *arbitragem*.

1.4.1. A insolvência

Quanto à *insolvência*, a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1.º estabelece que o Regulamento não se aplica "[à]s falências, concordatas e processos análogos". A intenção declarada, desde o início, foi a de *medir um pelo outro* os campos de aplicação das regras sobre competência judiciária em *matéria civil e comercial* (Convenção de Bruxelas, e depois Bruxelas I e sua reformulação por Bruxelas Ia) e sobre a *insolvência*, de maneira a não deixar espaços livres para uma indesejada intervenção de regras nacionais não harmonizadas³⁹⁶. Houve, a propósito, uma significativa expansão do âmbito

³⁹⁵ V. *infra*, neste capítulo, pp. 240 ss..

³⁹⁶ V. PAUL JENARD, "Report", cit., p. 12 ("Proceedings relating to a bankruptcy are not necessarily excluded from the Convention. Only proceedings arising directly from the bankruptcy and hence falling within the scope of the Bankruptcy Convention of the European Economic Community [que, esclarecia-se, p. 11, "is currently being drafted, since the peculiarities of this branch of law require special rules"] are excluded from the scope of the Convention"); PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 53 (p. 90), em que se dá conta desta preocupação num momento em que, a par da finalizada Convenção de Bruxelas de 1968, se negociava ainda a aludida convenção em matéria de insolvência; tb. DEMETRIOS I. EVRIGENIS / K. D. KERAMEUS, "Report on the accession of the Hellenic Republic to the Community Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (86/C 298/01)", in *JOCE*, 24.11.86, C 298, 1986, n.º 34. Com breve referência a esta, que acabou por ser concluída em 1995 mas nunca entrou em vigor, v. MARIA HELENA BRITO, "Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", in *Themis*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 185; DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência internacional: Direito aplicável", cit., p. 797; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "O «CIP» («Centro dos Interesses Principais») e as sociedades: um capítulo europeu", in *DSR*, vol. 1, 2009, p. 136; CATARINA SERRA, "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português", in *DSR*, vol. 10, 2013, p. 100. V. tb. PAUL MICHAEL VEDER, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights — A comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*,

de aplicação do Regulamento da Insolvência após a sua reformulação em 2015³⁹⁷. Agora — ou melhor, para os processos *abertos após 26 de junho de 2017*³⁹⁸ —, são visados não apenas os processos de insolvência em sentido mais estrito, como sucedia com as regras de 2000, mas também, no plano do chamado *direito pré-insolvencial*³⁹⁹, os processos que promovem a recuperação de empresas economicamente viáveis⁴⁰⁰, de que temos exemplo em Portugal (devidamente identificado no Anexo A do novo Regulamento, a par do *processo de insolvência*), o *processo especial de revitalização* (PER)⁴⁰¹. Tal motivou uma

Kluwer Legal Publishers, Deventer, 2004, p. 97, e, para conhecimento da referida convenção de 1996, por todos, MIGUEL VIRGÓS SORIANO / ETIENNE SCHMIT, "Report on the Convention on Insolvency Proceedings", in Documento do Conselho da União Europeia n.º 6500/96 (Bruxelas, 3.5.1996), não oficial, 1996, pp. 6 ss..

³⁹⁷ Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (reformulação), publicado em JO 5.6.2015, L 141/19-72.

³⁹⁸ Cfr. o art. 84.º, n.º 1, do novo Regulamento da Insolvência.

³⁹⁹ CATARINA SERRA, "Mais umas 'pinceladas' na legislação pré-insolvencial — Uma avaliação geral das alterações do DL n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro, ao PER e ao SIREVE (e à luz do Direito da União Europeia)", in *DSR*, vol. 13, 2015, p. 44.

⁴⁰⁰ Veja-se o novo considerando n.º 10: "*O âmbito de aplicação do presente regulamento deverá estender-se aos processos que promovem a recuperação de empresas economicamente viáveis mas que se encontram em dificuldades e que concedem uma segunda oportunidade aos empresários. Deverá, nomeadamente, estender-se aos processos que preveem a revitalização do devedor numa fase em que existe apenas uma probabilidade de insolvência ou que mantêm o devedor em situação de controlo total ou parcial dos seus bens e negócios. Deverá igualmente estender-se aos processos que preveem o perdão ou o ajustamento das dívidas relativamente aos consumidores e trabalhadores independentes, por exemplo através da redução do montante a pagar pelo devedor ou da prorrogação do prazo de pagamento que lhe é concedido. Uma vez que não implicam necessariamente a nomeação de um administrador da insolvência, estes processos deverão ser abrangidos pelo presente regulamento se a sua tramitação estiver sujeita ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional. Neste contexto, o termo «controlo» deverá incluir as situações em que o órgão jurisdicional só intervém se for interposto recurso por um credor ou por outras partes interessadas.*"

⁴⁰¹ Sobre este, em geral, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 459 ss.. Na vigência do CPEREF, a que sucedeu o CIRE, o regulamento abrangia não apenas o processo de falência mas também o de recuperação de empresas: v. por todos LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Insolvências transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000 — Anotado*, Quid Juris?, Lisboa, 2003, pp. 20 ss.. Esta terminologia manteve-se — em rigor, mantém-se, até ao início de aplicação do novo Regulamento 2015/848, aos processos de insolvência abertos após 26 de junho de 2017 (cfr. os seus arts. 84.º e 92.º) —, pelo que já foi criticamente apontada a sua "desatualização considerável": CATARINA SERRA, "Abrindo' o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça — Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do direito português", in JOÃO REIS / LEAL AMADO / LIBERAL FERNANDES / REGINA REDINHA (COORD.), *Para Jorge Leite — Escritos Jurídicos*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 731, n. 5.

nova redação do artigo 1.º, n.º 1, que define o âmbito de aplicação do ato normativo agora reformulado⁴⁰².

Uma primeira aproximação à linha delimitadora encontrava-se já no Relatório JENARD⁴⁰³. E o Tribunal de Justiça foi-se dedicando, em várias ocasiões, a limar as arestas desta delimitação. Tudo começou com *Gourdain v. Nadler*, que ainda nos anos 1970 considerou "proferida no âmbito de uma falência ou de um processo análogo" uma sentença que condenava "o administrador de facto de uma pessoa colectiva" francesa a "entrar com um determinado montante para a massa" falida⁴⁰⁴. Seguindo de perto a orientação daquele Relatório, aqui se caracterizava também o âmbito das falências e processos análogos como sendo composto pelos procedimentos baseados "numa situação de cessação de pagamento, de insolvência ou de perda do crédito do devedor, que

⁴⁰² De seu teor: "1. O presente regulamento é aplicável aos processos coletivos públicos de insolvência, incluindo os processos provisórios, com fundamento na lei no domínio da insolvência e nos quais, para efeitos de recuperação, ajustamento da dívida, reorganização ou liquidação:

- a) O devedor é total ou parcialmente privado dos seus bens e é nomeado um administrador da insolvência;
- b) Os bens e negócios do devedor ficam submetidos ao controlo ou à fiscalização por um órgão jurisdicional; ou
- c) Uma suspensão temporária de ações executivas singulares é ordenada por um órgão jurisdicional ou por força da lei, a fim de permitir a realização de negociações entre o devedor e os seus credores, desde que o processo no qual é ordenada a suspensão preveja medidas adequadas para proteger o interesse coletivo dos credores e, caso não seja obtido acordo, seja preliminar relativamente a um dos processos a que se referem as alíneas a) ou b).

Nos casos em que os processos referidos no presente número possam ser iniciados em situações em que existe apenas uma probabilidade de insolvência, a sua finalidade deve ser a de evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas atividades.

Os processos referidos no presente número são enumerados no anexo A."

⁴⁰³ Com efeito, seriam *insolventiais* ou análogos, para efeitos da respetiva exclusão do âmbito de aplicabilidade das regras da Convenção de Bruxelas: "those proceedings which, depending on the system of law involved, are based on the suspension of payments, the insolvency of the debtor or his inability to raise credit, and which involve the judicial authorities for the purpose either of compulsory and collective liquidation of the assets or simply of supervision." — PAUL JENARD, "Report", cit., pp. 11-12.

⁴⁰⁴ TJUE, *Henri Gourdain v. Franz Nadler*, C-133/78 (1979.02.22). Tratava-se da famosa (no plano do direito societário e insolvencial comparado) *action en comblement du passif*, hoje (após alterações legais em 2005) sobretudo chamada *en insuffisance d'actif*: v. PHILIPPE MERLE, *Droit commercial — Sociétés commerciales*, 16e. éd. 2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 496 ss. (v. tb. REINIER H. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law — A Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, p. 138).

implique uma intervenção da autoridade jurisdicional conducente a uma liquidação forçada e colectiva dos bens ou, no mínimo, ao exercício de um controlo por parte da referida autoridade⁴⁰⁵.

Toda esta formulação está pensada, bem se vê, para os chamados processos *coletivos* de insolvência, em que a *concurssualidade*⁴⁰⁶ é o inequívoco centro nevrálgico e fundamento do processo. Dúvidas maiores surgem todavia quando há laivos *pré-, para-* ou propriamente *insolvenciais* noutras configurações da tutela jurisdicional dos direitos de crédito. O considerando n.º 6 do Regulamento de 2000, que na essência do que aqui releva se mantém inalterado⁴⁰⁷, foi um ponto de partida⁴⁰⁸ na definição do escopo do regulamento em torno da "*matéria de abertura de processos de insolvência e de decisões directamente decorrentes de processos de insolvência e com eles estreitamente relacionados*". Em aplicação do critério, entendeu-se que uma "acção revogatória baseada na insolvência", em que se pedia a restituição ao devedor insolvente (e cujo processo de insolvência corria agora os seus termos) de um montante pago a sociedade com sede estatutária noutro Estado-membro — isto é, uma *ação pauliana*⁴⁰⁹ — cabia ainda na competência internacional reconhecida aos tribunais do Estado-membro em cujo território se situa o centro dos interesses principais daquele devedor⁴¹⁰ (presumivelmente, o lugar

⁴⁰⁵ TJUE, *Gourdain v. Nadler*, 1979.02.22, cit., n.º 4.

⁴⁰⁶ V. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito — O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, *passim*.

⁴⁰⁷ Mas não esqueçamos a aplicação do novo Regulamento também à "pré-insolvência", patente ao nível dos considerandos sobretudo no n.º 10.

⁴⁰⁸ A que a própria jurisprudência do TJUE faz expressa menção: v. p. ex. TJUE, *Christopher Seagon v. Deko Marty Belgium NV*, C-339/07 (2009.02.12), n.º 20.

⁴⁰⁹ Com o Regulamento de 2015, as "ações de impugnação pauliana" são expressamente qualificadas como insolvenciais, para este efeito: v. o novo art. 6.º, n.º 1, *in fine*. Sobre a resolução em benefício da massa insolvente, com consequências sobre eventuais ações de impugnação pauliana do mesmo ato, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 187 ss., *maxime* p. 192.

⁴¹⁰ TJUE, *F-Tex SIA v. Lietuvos-Anglijos UAB "Jadecloud-Vilma"*, C-213/10 (2012.04.19), n.ºs 35, 36: "Com efeito, diferentemente do demandante no processo que deu origem ao acórdão Seagon, já referido, o demandante no litígio no processo principal não atua como administrador judicial, ou seja, como autoridade num processo de insolvência, mas como cessionário de um direito". Na verdade, tratava-se de ação proposta

da sede estatutária⁴¹¹). Já, porém, "uma acção de um vendedor intentada ao abrigo de uma cláusula de reserva de propriedade contra um comprador em situação de falência" não passou o teste, que, esclareceu-se, passa por aferir a "intensidade donexo existente" entre a acção judicial em análise e o processo de insolvência, nexoe esse que, nessa espécie, não foi considerado "suficientemente directo nem suficientemente estreito", com a insolvência, para que Bruxelas I fosse excluído⁴¹². De tudo isto resulta — deduziu o próprio Tribunal de Justiça — um critério que visa "determinar, em cada caso, se o ato em questão tinha origem no direito processual relativo aos processos de insolvência ou noutras normas". Ou seja: "o critério determinante a que o Tribunal de Justiça atende para identificar o domínio onde se integra a acção *não é o contexto processual* em que essa acção se inscreve, mas o *fundamento jurídico* desta última"; "há que aferir se *o direito ou a obrigação* que está na base da acção tem a sua *origem nas regras comuns do direito civil e comercial* ou nas *normas derogatórias específicas dos processos de insolvência*"⁴¹³. É

contra terceiros (a quem a sociedade insolvente pagou "embora estivesse insolvente") pelo credor da insolvente, com base na cessão (e portanto enquanto cessionário) de um crédito autorizada pelo administrador da insolvência; o caso apresentava alguma complexidade acrescida pela circunstância de que a contrapartida da aquisição ao insolvente do crédito era "a obrigação de entregar uma percentagem do produto do crédito cedido", após eventual boa cobrança; v. n.^{os} 13, 45.

⁴¹¹ Sobre a evolução legislativa quanto a esta presunção, confira-se o reformulado art. 3.º, n.º 1, parágrafos 2.º (para "sociedades e pessoas coletivas", em que a "presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência") e 3.º e 4.º (para pessoas singulares, em que tal prazo é igualmente de três meses quando a pessoa singular "exerça uma atividade comercial ou profissional independente", e de seis meses, no caso de "qualquer outra pessoa singular") do novo Regulamento da Insolvência. Procurou-se assim, como deixa claro o seu considerando n.º 29, "prevenir a seleção do foro fraudulenta ou abusiva".

⁴¹² TJUE, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH v. Alice van der Schee*, C-292/08 (2009.09.10), *maxime* n.^{os} 29-34 (citados em texto, os n.^{os} 29 e 30).

⁴¹³ TJUE, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH v. «Kintra» UAB*, C-157/13 (2014.09.04), n.^{os} 26, 27, com sublinhados nossos. O exposto no n.º 28 esclarece por que no caso decidendo se entendeu que a acção não era abrangida pelo Regulamento da Insolvência, mas sim por Bruxelas I: "No processo principal, está assente que a acção em causa é uma acção para pagamento de uma dívida decorrente de uma prestação de serviços, em cumprimento de um contrato de transporte. Esta acção podia ter sido proposta pelo próprio credor, antes de ter perdido a correspondente faculdade para o fazer, devido à abertura de um processo de insolvência a esse respeito e, nessa hipótese, essa acção seria regida pelas regras de competência judiciária aplicáveis em matéria civil ou comercial" (sendo que a concreta propositura pelo administrador da insolvência e a circunstância de "este último agir no interesse dos credores *não modifica substancialmente a natureza do crédito invocado*" — v. n.º 29, em que também sublinhámos).

por isso muito relevante a *fundamentação normativa no direito material nacional* (conforme autonomamente interpretada pelo Tribunal), não nos devendo obnubilar este final de citação (atinentes aos "processos" de insolvência) quanto ao papel desse *direito material*, por oposição ao processual. É assim que se justifica ancorar uma ação baseada no § 64 da lei das sociedades de responsabilidade limitada alemã (GmbHG)⁴¹⁴, na medida em que obriga o gerente da sociedade devedora a reembolsar pagamentos feitos em nome dela "após a superveniência da incapacidade de pagamento desta ou a verificação do seu sobre-endividamento"⁴¹⁵, ainda e sempre no Regulamento da Insolvência, por isso que as anteriores tomadas de posição do Tribunal de Justiça não podem, em suma, "ser interpretadas no sentido de que não decorre diretamente de um processo de insolvência, ou com este não está estreitamente relacionada, uma ação instaurada com base numa disposição cuja aplicação exige, não a abertura formal de um processo de insolvência, mas sim a insolvência material do devedor"⁴¹⁶.

Hoje, o novo considerando n.º 16, 1.ª parte, do Regulamento n.º 2015/848 vem em apoio expresso desta delimitação⁴¹⁷: "*O presente regulamento deverá ser aplicável aos processos que se baseiam nas leis no domínio da insolvência. Todavia, os processos que se baseiem no direito geral das sociedades não exclusivamente consagrado às situações de insolvência não deverão considerar-se baseados nas leis no domínio da insolvência.*"

⁴¹⁴ Sobre este preceito, a propósito da sua aplicabilidade a sociedades não alemãs e em anotação a uma decisão judicial germânica, v. com interesse MARC-PHILIPPE WELLER / ALIX SCHULZ, "Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften", in *IPrax*, Heft 4, 2014, pp. 336 ss..

⁴¹⁵ TJUE, *H v. H. K.*, C-295/13 (2014.12.04), n.º 23, que segue: "Ou seja, esta disposição constitui claramente uma derrogação às normas comuns de direito civil e comercial, e isto precisamente em razão da insolvência da sociedade devedora."

⁴¹⁶ "e, portanto," continua o Tribunal, "com fundamento numa disposição que, ao contrário das disposições em causa no processo subjacente ao acórdão [TJUE, *Nickel & Goeldner*, 2014.09.04, cit.], derroga as normas comuns de direito civil e comercial." — TJUE, *H v. H. K.*, 2014.12.04, cit., n.º 22.

⁴¹⁷ Numa primeira aproximação aos problemas que ela coloca, ainda no decurso do processo de revisão do Regulamento, v. entre nós CATARINA SERRA, "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta", cit., pp. 106 ss.; CATARINA SERRA, "'Abrindo' o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça", cit., pp. 731 ss..

(...)"⁴¹⁸. Igualmente importante para o efeito, veja-se a orientação que é traçada pelo novo considerando n.º 35, "codificando" muito do que foi jurisprudencialmente fixado ao estabelecer que os tribunais do Estado-membro do processo de insolvência principal:

"(...) deverão também ser competentes para apreciar as ações que decorram diretamente do processo de insolvência e que com este se encontrem estreitamente relacionadas. Tais ações deverão incluir as ações de impugnação pauliana contra requeridos noutros Estados-Membros e as ações relativas a obrigações que se constituam durante o processo de insolvência, tais como adiantamentos para as custas do processo. Pelo contrário, as ações relativas ao cumprimento das obrigações nos termos de um contrato celebrado pelo devedor antes da abertura do processo não decorrem diretamente do processo. Caso uma ação esteja relacionada com outra ação baseada no direito civil e comercial geral, o administrador da insolvência deverá poder instaurar ambas as ações no órgão jurisdicional do domicílio do requerido, se considerar mais eficaz fazê-lo. Poderá ser nomeadamente o caso se o administrador da insolvência pretender combinar uma ação de responsabilidade dos gerentes, administradores ou diretores da sociedade, com base na lei em matéria de insolvência, com uma ação baseada no direito das sociedades ou no direito da responsabilidade civil."

O último ponto citado é, bem se vê, de grande relevância para a litigância societária internacional. Assim, através do novo artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento de 2015, procura-se prevenir os riscos de decisões judiciais inconciliáveis, dentro do que é possível em geral e abstrato, ao esbater-se a fronteira entre o *insolvencial* e o *civil e comercial (em geral)* para efeitos de competência internacional: "*Se uma das ações a que*

⁴¹⁸ A adversativa (*todavia*; mas não é um problema apenas da versão oficial portuguesa: *toutefois, allerdings, however, etc.*, são também usados nas respetivas línguas) não é inteiramente feliz, uma vez que o segundo período não se opõe de nenhum modo ao primeiro: ele antes confirma que são os processos fundados em *leis insolvenciais*, e não também os fundados em *leis societárias*, que se inserem no âmbito de aplicação deste regulamento.

se refere o n.º 1 [i.e., que decorram diretamente ou estejam estreitamente relacionadas com o processo de insolvência] estiver relacionada com uma ação em matéria civil e comercial contra o mesmo requerido, o administrador da insolvência pode instaurar ambas as ações nos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro do domicílio do requerido ou, se a ação for instaurada contra vários requeridos, nos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro do domicílio de algum deles, desde que esses órgãos jurisdicionais sejam competentes ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 1215/2012."⁴¹⁹

O novo Regulamento da Insolvência diz-se "*aplicável aos processos coletivos públicos de insolvência*" (proémio do artigo 1.º, n.º 1).

A propósito do *coletivo*, não vemos dificuldades, em face da necessidade de *interpretação autónoma* dos conceitos regulamentares, em incluir aqueles processos pré-insolvenciais ou insolvenciais em que exista *apenas um credor* (ou em que se apresente e participe apenas um credor)⁴²⁰. Qualquer que seja a preferência terminológica, o certo é que, parece-nos, a *coletividade* a que alude o regulamento não impõe inapelavelmente uma *pluralidade* de credores: ela abrange por certo aqueles casos em que a *universalidade* creditícia está reunida numa única pessoa jurídica, interessando-lhe mormente, não diferenciar consoante haja um ou plúrimos credores, mas sim aferir se o processo (ou a sentença, caso estejamos já em sede de reconhecimento e execução) visa

⁴¹⁹ Cfr., ainda a propósito da proposta de revisão do Regulamento n.º 1346/2000, MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.38.

⁴²⁰ V. CATARINA SERRA, "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta", cit., pp. 107 ss., crítica da terminologia que se refere ao carácter *coletivo* dos processos, que "talvez devesse ser suprimida" (p. 109). Sobre o credor único no processo de insolvência, v. tb. CATARINA SERRA, "Concurso sem concurso? (A falência com um único credor)", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 727 ss.; e já CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, cit., p. 151. Para um exemplo de processo de insolvência (alemão) com um único credor, v., na jurisprudência europeia, TJUE, *F-Tex SIA*, 2012.04.19, cit., n.º 12.

as finalidades jurídico-insolvenciais⁴²¹, conforme definidas pelo regulamento e pela jurisprudência que foi sendo firmada pelo Tribunal de Justiça com respeito ao Regulamento de 2000, a que acabámos de aludir.

A propósito do *público*, dúvidas podem surgir em face do *SIREVE* (*sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial*)⁴²², sendo que, ao contrário do PER, o SIREVE não vem elencado no anexo A ao novo Regulamento.

Por um lado, é verdade que, em teoria, a extensão do domínio de aplicação das novas regras aos *processos híbridos* favoreceria uma interpretação que ainda aceitasse o SIREVE como um desses processos, admitindo-o por conseguinte no seio do novo Regulamento da Insolvência⁴²³. Confrontemos o já citado artigo 1.º, n.º 1, do novo Regulamento, com as características do SIREVE, designadamente o efeito de *suspensão* e

⁴²¹ Sobre os fins do processo de insolvência, v. em geral CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, cit., pp. 290 ss..

⁴²² V. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 501 ss.. Sobre a articulação entre o PER e o SIREVE (antes das alterações legislativas de 2015), veja-se brevemente CATARINA SERRA, "Revitalização — A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE", in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 101 ss.; JOÃO LABAREDA, "Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) — apontamentos", in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 78 ss..

⁴²³ Veja-se CATARINA SERRA, "'Abrindo' o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça", cit., pp. 106 ss. (implicitamente, p. 108, ao elencar o SIREVE; p. 111; e, com interesse particular para a sua caracterização, p. 110, n. 34: "O regime do SIREVE admite o suprimento judicial da falta de consentimento dos credores, com o que o acordo de recuperação passa a vincular todos os credores relacionados pela empresa (art. 19.º, n.º 2, do DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto [não alterado pelo DL n.º 26/2015]). Não sendo o suprimento judicial um objectivo essencial do processo mas uma mera eventualidade, o SIREVE não corresponde, todavia, ao típico processo híbrido."). Conforme resulta ainda das análises de CATARINA SERRA, "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta", cit., p. 110, haverá entre o PER e "em certos termos" o SIREVE, por um lado, e os *schemes of arrangement* de direito inglês, por outro, alguma analogia comparativa; mas é igualmente sabido que estes ultrapassam largamente o domínio insolvencial, o que conduziu já a uma decisão do BGH alemão que considerou a sentença que sancionava um *scheme of arrangement* inglês passível de reconhecimento *ao abrigo de Bruxelas I*: v. BGH, IV ZR 194/09, NJW 2012 2113-2116 (2012.02.15), p. 2115 (a que se refere, cremos, CATARINA SERRA, "'Abrindo' o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça", cit., p. 732, n. 9). V. HORST EIDENMÜLLER / TILMANN FROBENIUS, "Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement", in *WM*, 65., 2011, pp. 1210 ss.; PETER MANKOWSKI, "Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland", in *WM*, 65., 2011, pp. 1201 ss..

de *extinção automática das ações executivas* contra a empresa devedora, respetivamente na fase de negociações e em consequência do acordo firmado (cfr. arts. 11.º, n.º 2, e 13.º, n.º 1, do SIREVE), rapidamente as equipararemos à "*suspensão temporária de ações executivas singulares*" por ordem judicial "*ou por força da lei*" a que se refere a alínea *c* daquele preceito.

Por outro lado, porém, não menos verdade é que o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, que trouxe novidades societárias⁴²⁴ mas também insolvenciais⁴²⁵, passou a qualificar o SIREVE como *confidencial*⁴²⁶. Ora: o novo Regulamento da Insolvência abrange, como é explicitado pela citada disposição, processos coletivos *públicos* de insolvência, obviando a *confidencialidade* à inclusão: "*os processos de insolvência de carácter confidencial deverão ser excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento*", são os termos inequívocos do considerando n.º 13⁴²⁷. Em acréscimo, o que encontramos à saída de um procedimento ao abrigo do SIREVE não é uma *decisão judicial*, mas sim, primeiro, um *despacho de aceitação do requerimento de utilização do SIREVE* (artigo 6.º, n.º 1, *c*), proferido pelo IAPMEI, I.P., e, depois, um *acordo* assinado pela empresa, pelo IAPMEI e "pelos credores que votem a sua aprovação" (artigo 12.º, n.º 1); acordo este que produzirá o já descrito *efeito de extinção automática* das ações executivas singulares (propostas pelos credores signatários) e será *comunicado* ao tribunal (artigo 13.º, n.ºs 1 a 3).

Aqui chegados, as dúvidas (que não cabe aqui dissipar) são muitas, na ponderação que se pudesse fazer acerca da possibilidade ou não de fazer assimilar o SIREVE a

⁴²⁴ V. ORLANDO VOGLER GUINÉ / HUGO MOREDO SANTOS, "Comentário preliminar às alterações introduzidas no regime jurídico das obrigações", in *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 183 ss.; ELDA MARQUES, "As recentes alterações ao regime das ações preferenciais — o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro", in *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 219 ss..

⁴²⁵ CATARINA SERRA, "Mais umas 'pinceladas' na legislação pré-insolvencial", cit., pp. 43 ss..

⁴²⁶ O novo art. 21.º-B, introduzido pelo DL n.º 26/2005, prescreve no seu n.º 1: "*Com exceção das comunicações essenciais no âmbito dos procedimentos descritos nos artigos 8.º e 11.º, e para efeitos estatísticos, nos termos do artigo 21.º, o recurso ao SIREVE é confidencial.*"

⁴²⁷ Cfr. ainda, sobre o ponto, o restante teor do considerando n.º 13, bem como o n.º 12.

Bruxelas Ia. É certo, no sentido desfavorável, que temos uma dificuldade interpretativa de monta decorrente da circunstância de o SIREVE instituir um procedimento de características verdadeiramente *pré-* ou *para-insolvenciais*, unindo-se assim, *teleologicamente*, sem dúvida, à *normação jurídico-insolvencial*; o que poderia servir de argumento para que tomássemos o despacho e o acordo ao abrigo do SIREVE por definitivamente excluídos, *ratione materiae*, de Bruxelas Ia, por aplicação do seu artigo 1.º, n.º 2, *b*). Mas tal entendimento — poderia contrapor-se, em sentido favorável — faria inadvertidamente tábua rasa do afirmado propósito de que os dois regulamentos se *meçam um pelo outro* neste particular, de que estejam assim *dovetailed*, para usar a bonita expressão inglesa⁴²⁸. Uma vantagem de inserirmos ainda e sempre o SIREVE no domínio de Bruxelas Ia estaria em com isso se lograr a aplicabilidade de regras mais favoráveis de reconhecimento e execução; sempre, porém, no pressuposto de que consigamos demonstrar existir como resultado desse procedimento um ato passível de reconhecimento, que poderia eventualmente assumir, sugira-se, as vestes de um *instrumento autêntico* para efeitos do artigo 58.º de Bruxelas Ia⁴²⁹, na medida em que poderá tratar-se de um "*documento exarado ou registado*" como tal "*no Estado-Membro de origem e cuja autenticidade: i) se relacione com a assinatura e o conteúdo do instrumento, e (ii) tenha sido confirmada por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para esse efeito*"⁴³⁰.

⁴²⁸ Encontramo-la usada a este propósito em PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 53 (p. 90). Com o entendimento de que não se deve dar um valor de *exceção*, em sentido próprio, ao art. 1.º, n.º 2, *b*), mas simplesmente concentrar a tarefa interpretativa na destrição sobre o direito que é base da pretensão (se é "parte da lei da insolvência, ou parte da lei comum que se mantém aplicável apesar da insolvência"), ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.73.

⁴²⁹ V., sobre o reconhecimento de *instrumentos autênticos* (e *transações judiciais*), já no plano de Bruxelas Ia, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.ºs 468 ss.; JONATHAN FITCHEN, "14. I. Authentic Instruments (Arts 58 and 60)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.ºs 14.01 ss..

⁴³⁰ Assim o define o art. 2.º, *c*), de Bruxelas Ia. V. já, no estabelecimento das condições para a autenticidade do ato, PAUL JENARD / G. MÖLLER, "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 (90/C 189/07)", in

1.4.2. A arbitragem

A alínea *c*) do n.º 2 do artigo 1.º estabelece que o Regulamento não se aplica "[à] arbitragem". A exclusão não é nova, mas foi objeto de viva discussão sobretudo após jurisprudência do Tribunal de Justiça que deu realce a alguns espaços de incomunicabilidade, ou ao menos de não plena compreensão mútua, entre as típicas conceções jurisdicionais de *Common Law* e do continente europeu, mormente perceptíveis no tratamento jurídico a dar à *pendência simultânea de ações judiciais e arbitrais* (e aos meios de as prevenir e/ou sancionar).

A escassez de palavras que fixam a exclusão da arbitragem neste artigo 1.º, n.º 2, *c*), contrasta vivamente com o considerando n.º 12, o mais extenso do novo Regulamento, em que se procura explicar e orientar o sentido e a interpretação a dar à exclusão, num ponto que foi o mais vivamente discutido na reformulação de Bruxelas I⁴³¹.

JOCE, 28.7.90, C 189, 1988, n.º 72, bem como, na sua esteira, TJUE, *Unibank A/S v. Flemming G. Christensen*, C-260/97 (1999.06.17), *maxime* n.º 17.

⁴³¹ O teor do longo considerando n.º 12 é o seguinte (não o transcrevemos em texto, como p. ex. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 14.19, sente e explica a necessidade de o fazer, mas convirá transpô-lo ao menos para esta nota):

"O presente regulamento não deverá aplicar-se à arbitragem. Nada no presente regulamento deverá impedir que os tribunais de um Estado-Membro, caso lhes seja submetida uma ação numa matéria para a qual as partes celebraram um acordo de arbitragem, remetam as partes para a arbitragem, suspendam ou encerrem o processo ou examinem se a convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação nos termos da lei nacional.

As decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros que determinam se uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação não deverão estar sujeitas às regras de reconhecimento e execução estabelecidas no presente regulamento, independentemente de o tribunal ter decidido destes aspetos a título principal ou incidental.

Por outro lado, se um tribunal de um Estado-Membro, exercendo a sua competência por força do presente regulamento ou da lei nacional, determinar que uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação, tal não deverá impedir que a decisão do tribunal quanto ao mérito da questão seja reconhecida ou, consoante o caso, executada nos termos do presente regulamento. Tal não deverá prejudicar a competência dos tribunais dos Estados-Membros para decidirem do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais de acordo com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de

Independentemente das críticas que se possam formular sobre o que *não* foi objeto de regulação, menção ou mais completo esclarecimento⁴³², todos os contributos introdutórios são bem-vindos: basta lembrar que, com uma tão frugal menção a "*arbitragem*", poderia sustentar-se e adensar-se a dúvida sobre o que é abarcado pelo significante — designadamente, se estaríamos apenas a falar daquilo que se passa em (e é resultado de) um processo arbitral, ou também de toda e qualquer intervenção *judicial* em apoio, em complemento ou inversamente em contradição com os termos de um processo arbitral, pendente ou terminado⁴³³.

No quadro das disposições de Bruxelas Ia, sublinhe-se a começar o preceituado no seu artigo 73.º, n.º 2 (aliás também aludido no considerando n.º 12, 3.º parágrafo, *in fine*): "*O presente regulamento não prejudica a aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958.*"

Decisões Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958 (a «Convenção de Nova Iorque de 1958»), que prevalece sobre o presente regulamento.

O presente regulamento não deverá aplicar-se a ações ou processos conexos relativos, nomeadamente, à criação de um tribunal arbitral, aos poderes dos árbitros, à condução do processo arbitral ou a quaisquer outros aspetos desse processo, nem a ações ou decisões em matéria de anulação, revisão, recurso, reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais."

Sobre a exclusão da arbitragem ainda em face da Convenção de Bruxelas e de Bruxelas I, veja-se entre nós DÁRIO MOURA VICENTE, "A Convenção de Bruxelas", cit., pp. 371 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., pp. 83 ss.. Para a (conturbada) história legislativa da reformulação da exclusão da arbitragem em Bruxelas Ia, v. um excelente resumo em MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.ºs 2.01 ss.; v. tb. PETER ARNT NIELSEN, "The new Brussels I Regulation", cit., pp. 507 ss..

⁴³² Que são muitas e profusamente documentadas. Mas veja-se também a prudentemente positiva apreciação com que conclui TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", in *ICLQ*, vol. 63, October 2014, 2014, p. 866: "Although some arbitration lawyers felt that the revision of the Brussels I Regulation did not go far enough, the solution finally adopted is probably the best that was possible in the circumstances. Anything more would either have been unacceptable to other Member States or would have entailed undesirable consequences in other respects."

⁴³³ V. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.78. Em particular sobre o considerando n.º 12, SIMON P. CAMILLERI, "Recital 12 of the Recast Regulation: A new hope?", in *ICLQ*, vol. 62, October 2013, 2013, pp. 899 ss.. Lembramo-nos da afirmação de RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos", in *La Ley — Unión Europea*, n.º 22, 2015, n.º 7, não a este específico propósito mas que bem lhe assenta, de que "desde há lustros a delimitação do âmbito de aplicação dos instrumentos em matéria de direito internacional privado resulta quase mais complexa que a própria análise da regulação contida nos ditos instrumentos".

Mas a solene proclamação de uma não intervenção do Regulamento no domínio arbitral não é tão plenamente eficaz como poderia à primeira vista pensar-se. É que a possibilidade da concomitante prática de atos processuais *judiciais* e *arbitrais*, com respeito a um mesmo litígio material, conduz a que *na realidade* se produza um inelutável entrecruzamento, potencialmente produtor de mútuas contradições que carecem de solução.

1.4.2.1. O considerando n.º 12

Analisemos, então, o sentido e o alcance da *exclusão da arbitragem*, cotejando o apoio mais autêntico à disposição: o considerando n.º 12.

Da afirmação com que ele inicia — “[o] presente regulamento não deverá aplicar-se à arbitragem” — pode deduzir-se um efeito imediato sobre a *posição dos árbitros*, no que é uma das raras indicações do Regulamento que os tem a eles como principais endereçados. Efetivamente, é possível interpretar esse primeira período como uma indicação de que não será por império destas regras europeias que os árbitros deverão atender (ou deixar de atender) a uma sentença judicial proferida por tribunais de um Estado-membro, diverso daquele onde a arbitragem está sediada⁴³⁴.

A afirmação seguinte, ainda no 1.º parágrafo do considerando n.º 12, é já endereçada aos tribunais dos Estados-membros e indica-lhes essencialmente o caminho fixado *pela sua própria lei arbitral nacional*, no que respeita à atitude a tomar perante uma demanda em cujo contexto haja uma convenção de arbitragem, válida ou inválida. O Regulamento não interfere: caberá à lei nacional — que, claro está, pode variar sensivelmente de país para país, mesmo em leis essencialmente unidas na matriz da Convenção de Nova Iorque e/ou da Lei Modelo da *UNCITRAL* — a fixação do processo e

⁴³⁴ Assim ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 14.23.

efeitos emergentes da verificação da existência de pacto arbitral. Na lei portuguesa, é no artigo 5.º, n.º 1, da LAV que encontramos resposta: "*O tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutível*". Inspirada visivelmente pelo artigo II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque, esta solução sobe ainda um degrau no *favor arbitrandum*, à semelhança da lei francesa atual, com uma exigência de que a nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade que motivam a não absolvição da instância judicial sejam *manifestas*⁴³⁵.

No seu 2.º parágrafo, o considerando n.º 12 exclui a aplicabilidade das regras de reconhecimento e execução do Regulamento quando o tribunal de um Estado-membro decreta a invalidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção de arbitragem. Isto é: os tribunais judiciais dos demais Estados-membros, confrontados com tal decretamento, não ficam vinculados pelo Regulamento a um reconhecimento automático — o que, naturalmente, não significa que estejam de algum modo inibidos de reconhecer a sentença que consubstancia tal decreto⁴³⁶: simplesmente, o reconhecimento seguirá as regras de

⁴³⁵ V. DÁRIO MOURA VICENTE, "Artigo 5.º — Efeito negativo da convenção de arbitragem", in DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 29. Prescreve o art. 1448, 1.º parágrafo, da lei da arbitragem francesa, após a reforma do *Décret n.º 2011-48* de 13.1.2011: "*Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable*". Para MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / FREDERICO GONÇALVES PEREIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA / ANDRÉ PROENÇA / JOÃO SOARES FRANCO / JOANA NEVES / ANTÓNIO DE MAGALHÃES CARDOSO / PAULO PINHEIRO / SOFIA RIBEIRO BRANCO / ANA LICKFOLD NOVAES E SILVA / JOSÉ MIGUEL LUCAS / PIEDADE CASTRO E SOUSA, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, art. 5.º, anot. n.º 3, "hoje em dia, em virtude da disposição do art. 96.º do novo CPC — que subtraiu ao poder de conhecimento oficioso, por parte dos tribunais cíveis, os casos de sua incompetência absoluta derivada da preterição de tribunal arbitral [cfr. art. 97.º, n.º 1] —, a arguição dessa incompetência prevista neste art. 5º/1 da LAV já não é mais uma faculdade do réu, mas um verdadeiro ónus seu".

⁴³⁶ V. tb. TJUE, «*Gazprom*» *OAO v. Lietuvos Respublika*, C-536/13 (2015.05.13), n.º 41.

jurisdição autónomas do seu próprio direito interno (ou convenções internacionais aplicáveis), isto é, em Portugal, os artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil. Ainda em Portugal, um tal reconhecimento vai ter implicações necessárias sobre o *processo arbitral* que esteja em curso: ele, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, da LAV, "*cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido (...)*". A este tribunal estadual é equiparado, por mero efeito da revisão e confirmação de sentença estrangeira, o *tribunal estrangeiro* (de Estado-membro ou de Estado terceiro) que tenha proferido a sentença com o desvalor sobre a convenção de arbitragem: por definição, após o processo de revisão e confirmação, a sentença estrangeira vale entre nós como pleno ato jurisdicional⁴³⁷, pelo que o artigo 5.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária tem que ser interpretado em conformidade⁴³⁸. De resto, o n.º 4 deste mesmo artigo, que num assomo de generoso favorecimento à arbitragem pelo legislador português inviabiliza a tramitação judicial de *anti-arbitration injunctions*⁴³⁹, acaba por ser ele próprio em princípio

⁴³⁷ Vejam-se entre muitos ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., p. 454; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 307; e RUI MANUEL MOURA RAMOS, "O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil", in *RLJ*, Ano 143.º, n.º 3983, 2013, com a análise não só da "recepção da sentença enquanto acto jurisdicional", mas também da sua eventual eficácia "independentemente da revisão e confirmação tradicionalmente exigida" (pp. 99 ss.).

⁴³⁸ Em certo sentido, TREVOR HARTLEY dá apoio a esta conclusão, quando entende que a sentença estrangeira tem que ser reconhecida (no quadro de Bruxelas Ia) mesmo que os tribunais do Estado-membro de reconhecimento considerem que o tribunal de origem aceitou a jurisdição em violação de uma convenção de arbitragem, e mesmo que esteja pendente uma ação arbitral no Estado de reconhecimento: "Não há disposição na Convenção de Nova Iorque que se aplique a esta situação. Somente uma inaceitavelmente ampla interpretação conduziria à conclusão de que ela preclui o reconhecimento de uma sentença porque ela pode entrar em conflito com uma sentença arbitral que poderá ser proferida no futuro" — TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., p. 858. V. tb. SIMON P. CAMILLERI, "Recital 12 of the Recast Regulation", cit., p. 915.

⁴³⁹ Dispõe o preceito: "4 — *As questões da nulidade, ineficácia e inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em ação de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em procedimento cautelar instaurado perante o mesmo tribunal, que tenha como finalidade impedir a constituição ou o funcionamento de um tribunal arbitral.*"

inexequível em face da intervenção do tribunal estadual estrangeiro que tramite e decrete a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, uma vez que todo este dispositivo não vincula o juiz estrangeiro.

Ademais, a asserção do 2.º parágrafo do considerando n.º 12 mantém-se conforme, independentemente de o tribunal ter apreciado a validade e eficácia da convenção de arbitragem "*a título principal ou incidental*", como aí se faz consignar. Há aqui um ajuste em relação à jurisprudência anterior: é que, em *West Tankers*, reconheceu-se a decisão judicial acerca da "*questão prévia sobre a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem, designadamente sobre a sua validade*"⁴⁴⁰ como incluída no âmbito material de Bruxelas I; o que não sucederia se se não tratasse de um mero *controle incidental*, mas antes de um processo judicial que tivesse a questão arbitral como o aspecto principal da lide⁴⁴¹. Hoje, o considerando n.º 12, 2.º parágrafo, tem a virtude de, mesmo que não avançando mais (como resultaria da Proposta inicial da Comissão Europeia) no tratamento da litispendência judicial-arbitral, *ao menos* subtrair do espaço material de aplicabilidade do Regulamento uma eventual sentença judicial *torpedeante*, junto de um tribunal de um Estado-membro, que — principal ou incidentalmente — julgue a validade e eficácia da convenção de arbitragem; reconhecimento esse que, sendo automático, seria um excelente meio de *sabotar* a arbitragem, uma vez que, se sediada no território da ordem jurídica de qualquer outro Estado-membro, este se veria automaticamente vinculado àquela primeira apreciação do pacto arbitral⁴⁴².

⁴⁴⁰ TJUE, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07 (2009.02.10), n.º 26.

⁴⁴¹ Como era o caso do processo pendente em Inglaterra em *West Tankers*: v. para breve e autorizada análise LAWRENCE COLLINS, *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, London, 2012, n.º 16-096.

⁴⁴² V. MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.55. É também entendimento assente o de que a *capa judicial* que reveste a originária sentença arbitral não chega para trazê-la para o seio do Regulamento, em face da exclusão da arbitragem; quanto a este ponto, v. PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 65: "Nor does the 1968 Convention cover proceedings and decisions concerning applications for the revocation, amendment, recognition and enforcement of arbitration awards. This also applies to court decisions incorporating arbitration awards — a common method of recognition under United Kingdom law. (...)".

A consideração seguinte, no início do 3.º parágrafo, versa a hipótese em que o juiz nacional de um Estado-membro formulou definitivo *desvalor sobre a convenção de arbitragem*, assumindo competência internacional ao abrigo de Bruxelas Ia ou de regras autónomas nacionais, e prosseguiu para o *juízo do mérito da causa*. Aí, independentemente do fundamento jurídico na base da negação judicial de uma alegação de preterição do tribunal arbitral — v.g., porque a convenção é tida por inválida, ou inaplicável ao litígio em questão, ou este litígio é inarbitrável, etc.⁴⁴³ —, o *juízo do mérito* é uma *decisão* para efeitos do Regulamento, beneficiando por isso de reconhecimento e execução segundo as suas regras. Trata-se de uma asserção de grande relevância no contexto do Regulamento reformulado: nela se corporiza a solução que, à míngua de consenso para desenvolvimentos mais substanciais na interação judicial-arbitral, permitiu desbloquear o impasse político-institucional na sua negociação⁴⁴⁴.

O segundo período do 3.º parágrafo é, por outras palavras, uma reiteração da prevalência da Convenção de Nova Iorque de 1958, sempre que a questão seja "*a competência dos tribunais dos Estados-Membros para decidirem do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais*" com base naquele tratado, cuja hierarquia normativa é também relevada, vimos já, pelo artigo 73.º, n.º 2, de Bruxelas Ia.

Por último, o 4.º parágrafo do considerando n.º 12 esclarece a inaplicabilidade do Regulamento a uma série, não exaustivamente enumerada, de ações ou processos relacionados com a arbitragem. Embora não seja de ver aí propriamente uma novidade, uma vez que em vários dos relatórios oficiais relativos à Convenção de Bruxelas

⁴⁴³ ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 14.27.

⁴⁴⁴ V. em resumo MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.08.

podíamos encontrar semelhantes alusões⁴⁴⁵, e bem assim a jurisprudência já se havia pronunciado sobre parte delas — designadamente os litígios que têm "por objecto a designação de um árbitro"⁴⁴⁶ —, há a vantagem *narrativa* de aqui termos um apoio interpretativo mais imediato, sempre gerador de alguma segurança e certeza jurídica. Poderá ser, caso a caso, colocada a dúvida sobre se a ação proposta é *relacionada com a arbitragem*, para efeitos de a excluir do Regulamento por esta via. O critério de resposta centra-se no *objeto do litígio*, na *natureza dos direitos* que dão origem ao pedido⁴⁴⁷: permanece por isso válida a asserção do Tribunal de Justiça que, em sede de *medidas cautelares*, se manifestou contra a invocação do antecessor do atual artigo 35.º de Bruxelas Ia para "fazer entrar no âmbito de aplicação" das regras de Bruxelas "medidas provisórias ou cautelares relativas a matérias que dele são excluídas" — como seria o caso, por exemplo, dos "procedimentos que servem para a preparação de um processo de arbitragem" — e que, centrando o critério, não na "própria natureza" do processo, mas sim na "natureza dos direitos cuja salvaguarda garantem", considerou que, sendo o objeto da medida requerida o "pagamento de créditos resultantes de um contrato que contém uma cláusula de arbitragem", o decisivo não é a existência desta cláusula mas sim aquele

⁴⁴⁵ PAUL JENARD, "Report", cit., p. 13; PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.ºs 64, 65; DEMETRIOS I. EVRIGENIS / K. D. KERAMEUS, "Report", cit., n.º 35.

⁴⁴⁶ TJUE, *Marc Rich and Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*, C-190/89 (1991.07.25). Crítico, entre nós, v. DÁRIO MOURA VICENTE, "A Convenção de Bruxelas", cit., pp. 375 ss..

⁴⁴⁷ V. TJUE, *Marc Rich*, 1991.07.25, cit., n.º 26; TJUE, *Van Uden Maritime BV (Van Uden Africa Line) v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line et al.*, C-391/95 (1998.11.17), n.º 33; TJUE, *West Tankers*, 2009.02.10, cit., n.ºs 22, 26, neste último número convocando-se um apoio em DEMETRIOS I. EVRIGENIS / K. D. KERAMEUS, "Report", cit., n.º 35, que efetivamente afirma na sua última frase: "However, the verification, as an incidental question, of the validity of an arbitration agreement which is cited by a litigant in order to contest the jurisdiction of the court before which he is being sued pursuant to the Convention, must be considered as falling within its scope". Entre muitas críticas à escassez argumentativa sobre este ponto nevrálgico, veja-se um bom exemplo no judiciário inglês em High Court of Justice (QB), *National Navigation Co v. Endesa Generacion SA*, [2009] EWHC 196 (Comm) (2009.04.01), *maxime* n.º 89. Por fim, mais recentemente, TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 29. Referindo-se a este aspeto em *Marc Rich*, v. TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., p. 848.

objeto, manifestamente incluído no âmbito *material* de aplicação da Convenção de Bruxelas, e hoje de Bruxelas Ia⁴⁴⁸.

1.4.2.2. Reações à demanda «torpedeante»: a (não) regulação da «litispendência judicial-arbitral»

Como fomos já apontando, os desenvolvimentos em Bruxelas Ia quanto à exclusão da arbitragem não agradaram a todos, com particular ênfase para o problema da pendência simultânea de ações arbitrais e judiciais, ou *litispendência judicial-arbitral*.

Na verdade, perante a demanda *torpedeante* junto de tribunal judicial que, pela sua lentidão ou não imparcialidade⁴⁴⁹ será um efetivo obstáculo à administração da justiça, a contraparte tem meios, não mutuamente excludentes, de atuação jurisdicional junto do tribunal judicial indevidamente demandado, do tribunal judicial do Estado da sede da arbitragem, ou ainda do próprio tribunal arbitral.

A primeira reação seria em teoria o mais apropriado meio de defesa: perante o tribunal que é demandado, mas incompetente, eliminar-se-ia o problema por via da demonstração, a esse mesmo tribunal, de que não tem poderes jurisdicionais para julgar aquela lide. E o considerando n.º 12, logo no seu primeiro parágrafo, dá conforto a este entendimento, ao salvaguardar expressamente a "neutralidade" do Regulamento por

⁴⁴⁸ Cfr. TJUE, *Van Uden*, 1998.11.17, cit., citados os n.ºs 30, 32, 33, 2. V. por fim o n.º 34: "Deve assim concluir-se que, na medida em que o objecto de um pedido de medidas provisórias incide, como no processo principal, sobre uma questão abrangida pelo âmbito de aplicação material da convenção, esta última aplica-se e o seu artigo 24.º [hoje corresponde ao art. 35.º de Bruxelas Ia] é susceptível de fundamentar a competência do juiz das medidas provisórias mesmo que já tenha sido ou possa ser instaurado um processo sobre a questão de fundo e mesmo que este processo corra os seus termos perante árbitros."

⁴⁴⁹ Tocando no ponto da (não) imparcialidade, usualmente menos sublinhado que o da lentidão, MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.49.

referência aos poderes de tribunais judiciais dos Estados-membros para apreciar a ação em que é invocado um acordo arbitral. O problema, todavia, é que a decisão do tribunal acerca da questão jurisdicional, mesmo supondo a sua preparação e imparcialidade, pode tardar; e que, durante todo esse lapso de tempo, a tutela jurisdicional pode ficar paralisada se, como sucede no contexto de Bruxelas I, a pendência da demanda junto de um tribunal nacional de um Estado-membro obviar à possibilidade de um outro se pronunciar.

Pode ainda a contraparte agir perante os tribunais do Estado em que a arbitragem está (ou estaria) sediada, e por várias formas. Desde logo, a famosa *anti-suit injunction*⁴⁵⁰. Através deste instrumento processual, admitido sobretudo em países de *Common Law* (e portanto, no seio europeu, marcado pela concepção que dela tem o direito inglês), um tribunal judicial emite uma ordem, dirigida a uma parte no litígio, proibindo-a de propor ou participar numa ação judicial noutro foro, deste modo protegendo o bom curso da ação (judicial ou arbitral) já pendente.

Como é sabido, trata-se de um instrumento que foi considerado incompatível com o direito da União Europeia, mesmo quando manifestamente existisse má-fé processual no sentido de entravar a lide já pendente, porque equivaleria a retirar ao tribunal de um Estado-membro o poder de conhecer da sua própria competência, poder esse que não é disponível dentro do âmbito de aplicação das regras de Bruxelas⁴⁵¹. O arazoamento em *West Tankers* foi o de, na linha de *Marc Rich*, separar entre o processo judicial *anti-suit*, que devidamente qualificado cairia fora do âmbito do Regulamento (em face da exclusão da arbitragem), e os autos sobre o mérito da causa pendentes no tribunal de outro Estado-membro, esses sim, ainda e sempre, porque atinentes ao fundo da causa (e onde o problema da validade da convenção de arbitragem foi visto como *questão prévia*), dentro

⁴⁵⁰ Ou, como já veio traduzido em versão portuguesa de acórdão do Tribunal de Justiça, *injunção de não litigância*: TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 26.

⁴⁵¹ TJUE, *Gasser*, 2003.12.09, cit., n.º 49; TJUE, *Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit et al.*, C-159/02 (2004.04.27), n.º 27; TJUE, *West Tankers*, 2009.02.10, cit., n.º 29. Para breve e rigorosa análise, v. p. ex. TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., pp. 851 ss..

do âmbito de aplicação do Regulamento. É certo que a questão em análise é justamente *arbitral*, no sentido em que versa sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem; mas tal não bastou, na visão prevalecente em *West Tankers*⁴⁵², uma vez que, vendo-a como mera "*questão prévia sobre a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem, designadamente sobre a sua validade*"⁴⁵³, o objeto do litígio mantinha-se dentro de Bruxelas I. Ademais, pelo seu efeito de retirar a um tribunal de um Estado-membro o poder de se pronunciar "sobre a própria aplicabilidade do regulamento ao litígio que lhe é submetido", a *anti-suit injunction* estaria a retirar-lhe o poder de "*pronunciar-se sobre a sua própria competência nos termos do Regulamento n.º 44/2001*"⁴⁵⁴.

Por fim, a contraparte pode ainda agir *perante o próprio tribunal arbitral*, cuja competência considera haver sido indevidamente questionada junto do tribunal judicial a cargo da demanda *torpedeante*. É neste ponto que a mais recente jurisprudência traz novidades, com *Gazprom*⁴⁵⁵: sem deixar de reafirmar *West Tankers*, no que respeita à inadmissibilidade de *anti-suit injunctions* proferidas por tribunal judicial de um Estado-membro, obrigando a parte em processo arbitral a não propor ou prosseguir ação nos tribunais judiciais de *outro* Estado-membro⁴⁵⁶, faz-se expresso *distinguo* em face da questão decidenda, que era a da "*compatibilidade com este regulamento do eventual reconhecimento e da eventual execução, por parte de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, de uma sentença arbitral que decreta uma injunção que obriga uma parte num processo de arbitragem a reduzir o alcance dos pedidos formulados no âmbito*

⁴⁵² Que não necessariamente a única, como ficou desde o início claro, e por resolver, em PETER SCHLOSSER, "Report", cit., onde se elencam as "two divergent basic positions", com Reino Unido de um lado e os seis Estados fundadores do outro (v. n.º 61), e com ulterior "vencimento de causa" dos últimos, em 2009, com *West Tankers*. V. tb. TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., pp. 844-845.

⁴⁵³ TJUE, *West Tankers*, 2009.02.10, cit., n.º 26.

⁴⁵⁴ TJUE, *West Tankers*, 2009.02.10, cit., n.ºs 28, 29.

⁴⁵⁵ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit..

⁴⁵⁶ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.ºs 33, 34.

de um processo num órgão jurisdicional desse mesmo Estado-Membro"⁴⁵⁷ — isto é, uma *anti-suit injunction* de tribunal *arbitral*, e não *judicial* (assim se distinguindo de *West Tankers*). Colocada nestes termos a questão, considerou-se que ela estaria *fora* do âmbito de aplicação de Bruxelas I, tão-pouco afectando o seu *efeito útil* ou minando a *confiança mútua* em que se alicerçam as regras europeias. Admite-se, aliás, porventura pela primeira vez de modo tão franco, que os poderes de um tribunal de um Estado-membro para se pronunciarem sobre a sua própria competência podem estar sujeitos a uma *"eventual limitação"*: simplesmente, o Regulamento é para o efeito irrelevante, uma vez que essa limitação decorre *"do direito processual desse Estado-Membro e, sendo caso disso, da Convenção de Nova Iorque, que regem essa matéria excluída do âmbito de aplicação do referido regulamento"*⁴⁵⁸.

Olhando à distância para o caso, em *Gazprom* podiam efetivamente contrapor-se argumentos ponderáveis em ambos os sentidos: se por um lado o primado da Convenção de Nova Iorque de 1958, tal como salvaguardado pelo artigo 73.º, n.º 2 de Bruxelas I (e reafirmado no considerando n.º 12), poderia favorecer o reconhecimento e execução da *anti-suit injunction* proferida pelo tribunal arbitral, por outro lado dir-se-ia que o proferimento por tribunal *judicial* ou *arbitral* seriam materialmente idênticos, pelo que o recurso a este último não mais seria que uma manipulação das regras de modo a contornar-se a jurisprudência *West Tankers*⁴⁵⁹. A verdade, porém, é que a pluralidade das fontes com que temos neste domínio que lidar, sem que o Tribunal de Justiça tenha poderes para se arvorar em intérprete *autêntico* de todas elas (escapa-lhe em toda a linha a

⁴⁵⁷ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 35.

⁴⁵⁸ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 42. Pronunciando-se no sentido que fez vencimento, ainda antes do acórdão, sobretudo ancorado numa distinção entre *anti-suit injunctions* que sejam ou não "backed by a penalty" — sendo que em *Turner* e *West Tankers* eram, com a consequente sujeição da parte inadimplente à "threat of contempt proceedings, which could result in the party concerned being fined, having his assets sequestrated or even being put in prison", ao passo que em *Gazprom* não —, TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., pp. 855-857 (citámos a p. 856).

⁴⁵⁹ Assim, em análise feita após a publicação das conclusões do Advogado-Geral (TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet no caso «Gazprom» OAO v. Lietuvos Respublika*, C-536/13 (2014.12.04)), mas antes do acórdão, MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.61.

Convenção de Nova Iorque, para mais, nos termos hoje expressos⁴⁶⁰ do artigo 73.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, de grau superior na hierarquia normativa), deixa espaço para inelutáveis incongruências como a que se poderá identificar num tratamento diferente a dar a *anti-suit injunctions* de proferimento *judicial e arbitral*.

Perante o segundo período do considerando n.º 12, 3.º parágrafo, poderia surgir a tentação de lê-lo como uma espécie de concessão de um primado geral da *decisão arbitral* em relação à *sentença judicial sobre o fundo da causa*, independentemente de uma prioridade temporal dessa decisão arbitral (ou da sentença judicial que lhe dê o *exequatur*). Mas o apoio para uma tal interpretação é escasso: a questão parece nunca deixar de ser, ainda e sempre, de interpretação e aplicação da Convenção de Nova Iorque. Será em face do entendimento dado por cada tribunal de um Estado contratante às regras convencionais sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras⁴⁶¹ que, ao fim e ao cabo, será fornecida uma resposta⁴⁶².

O novo considerando n.º 12 poderá de certo modo sugerir que é devido o reconhecimento de sentença judicial de tribunal de outro Estado-membro, mesmo quando na circunstância concreta este último tenha erradamente desconsiderado a existência de uma válida e eficaz convenção de arbitragem⁴⁶³, à luz do direito arbitral do Estado de

⁴⁶⁰ Mesmo antes desta explicitação, podia entender-se que o mesmo decorria já do art. 71.º, n.º 1, de Bruxelas I, que se mantém em Bruxelas Ia: "*O presente regulamento não prejudica as convenções em que os Estados-Membros são partes e que, em matérias especiais, regulem a competência judiciária, o reconhecimento ou a execução de decisões*". Assim TREVOR C. HARTLEY, "The Brussels I Regulation and Arbitration", cit., p. 858.

⁴⁶¹ E onde, para alguns, a *ordem pública* consagrada no artigo V da Convenção de Nova Iorque poderá atuar: veja-se TANJA DOMEJ, "Alles klar? — Bemerkungen zum Verhältnis zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten unter der neu gefassten EuGVVO", in JENS ADOLPHSEN / JOACHIM GOEBEL / ULRICH HAAS / BURKHARD HESS / STEPHAN KOLMANN / MARKUS WÜRDINGER (HRSG.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, pp. 105-106; crítico, v. MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.69.

⁴⁶² V., sublinhando a liberdade de cada direito nacional, PETER ARNT NIELSEN, "The new Brussels I Regulation", cit., p. 511.

⁴⁶³ Diversa é a situação quando se trata do reconhecimento de uma sentença de outro Estado-membro que declare a sua incompetência com fundamento na existência de um válido e eficaz *pacto atributivo de*

reconhecimento. É verdade que, conforme sublinha BRIGGS, não surge liminarmente excluída a possibilidade de, nesse contexto, ser invocada a ordem pública internacional do Estado de reconhecimento⁴⁶⁴. O ponto é, para uma apreciação geral, assaz duvidoso. Por um lado, uma tal invocação poderia não resistir a uma analogia com a *não revisibilidade da competência do tribunal de origem em sede de reconhecimento*⁴⁶⁵ (com exceção das competências *protetoras* e *exclusivas*, salvaguardadas pelo início do n.º 3 do artigo 45.º de Bruxelas Ia): se o "*critério da ordem pública referido no n.º 1, alínea a*), *não pode ser aplicado às regras de competência*", como se justificaria a atendibilidade da *competência arbitral*, indevidamente desconsiderada *in casu*, que não como uma *indireta revisão da competência* do tribunal judicial de origem? Estando nós em tal caso perante uma sentença *judicial*, este quadro jurídico regulamentar parece dever ser afirmado, sob pena de inadmissível prejuízo para o *efeito útil* de Bruxelas Ia. Mas a verdade é que a *pluralidade de fontes* a que acima nos referimos continua aqui a criar dificuldades. Com efeito, por outro lado, mantém-se presente a precedência da Convenção de Nova Iorque (artigo 73.º, n.º 2, de Bruxelas Ia), e a verdade é que o reconhecimento da sentença judicial estrangeira, que não aplica convenientemente o direito arbitral competente, se consubstancia num desatendimento da própria lei arbitral do Estado de reconhecimento (que, na sua ordem jurídica, não incorpora apenas Bruxelas Ia, mas também direito arbitral nacional e, hierarquicamente sobre ambos, a Convenção de Nova Iorque).

jurisdição, como sucedia em TJUE, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG et al. v. Samskip GmbH*, C-456/11 (2012.11.15).

⁴⁶⁴ Cfr. o art. 45.º, n.º 1, *a*), de Bruxelas Ia. Assim, *i.e.*, deixando o ponto em aberto, ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.83. A propósito de semelhante entendimento em jurisprudência inglesa, v. High Court of Justice (QB), *National Navigation Co v. Endesa Generacion SA*, 2009.04.01, cit., n.ºs 99, 101 ss..

⁴⁶⁵ V. já TJUE, *Overseas Union Insurance Ltd et al. v. New Hampshire Insurance Company*, C-351/89 (1991.06.27), n.º 24; cfr. a propósito THOMAS RAUSCHER / UTA GUTKNECHT, "Teleologische Grenzen des Art. 21 EuGVÜ? (zu EuGH, 27.6.1991 — Rs. C-351/89 (Overseas Union Insurance Ltd. (OUI), Deutsche Rück UK (DR), Pine top Insurance Co. (PTI) / New Hampshire Insurance Company NHI))", in *IPrax*, Heft 1, 1993, p. 24.

Em sentido inverso, a existência de uma sentença arbitral estrangeira transitada em julgado conduz a que o tribunal judicial português, em aplicação da Convenção de Nova Iorque, deva dar-lhe pleno reconhecimento e execução — a não ser, naturalmente, que encontre motivos de recusa de reconhecimento e execução nos termos do artigo V da dessa Convenção.

Deixamos, a terminar, o registo de um prudente conselho prático⁴⁶⁶, perante táticas torpedeantes: convirá iniciar rapidamente o processo arbitral e solicitar desde logo uma decisão do tribunal arbitral sobre a sua própria competência (em Portugal, a *decisão interlocutória* a que se refere o artigo 18.º, n.º 8, da Lei da Arbitragem Voluntária), e o pedido triplo de (i) declaração da validade da convenção de arbitragem, (ii) emissão de *anti-suit injunction* e (iii) condenação da parte violadora do pacto arbitral a indemnização pelos danos causados por essa violação.

Por fim, sublinhamos que esta *exclusão da arbitragem* poderá ainda ser auxiliarmente convocada no momento de interpretar a (ir)relevância para a arbitragem da regra de *competência internacional exclusiva* prevista em determinados aspectos da socialidade no artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia⁴⁶⁷.

1.5. A internacionalidade

O artigo 25.º de Bruxelas Ia visa os litígios emergentes das relações privadas *internacionais*. Indícios da *internacionalidade* da relação jurídica como pressuposto da aplicabilidade do artigo, bem como do próprio Regulamento, podem encontrar-se em vários passos de Bruxelas Ia (sobretudo os considerandos n.º 3, fazendo apelo à

⁴⁶⁶ Nesta formulação, de MARTIN ILLMER, "I. Scope [Art. 1]", cit., n.º 2.72.

⁴⁶⁷ V. *infra*, n. 1314.

"*incidência transfronteiriça*" das medidas a adoptar pela União no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, e n.º 4, referindo-se à unificação das "*regras de conflito de jurisdição*", cuja invocação normalmente pressupõe elementos de estraneidade), da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁶⁸ e mesmo do próprio Tratado⁴⁶⁹, sem que tal internacionalidade se tenha necessariamente que manifestar num contacto com dois Estados-membros⁴⁷⁰.

A dúvida, porém, assalta e divide os intérpretes sobretudo quando existe uma cláusula atributiva de jurisdição a tribunais de um Estado-membro e *todos os demais* elementos de facto e de direito da relação jurídica apresentam contactos com apenas *uma* ordem jurídica, diversa da do tribunal escolhido. Bastará esse ato de vontade para convocar a aplicabilidade do artigo 25.º, em dados aspectos mais *liberal* para uma *electio iudicis* que certos direitos materiais e processuais nacionais?⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Recentemente se referindo ao preessuposto de que "o nexu jurídico em causa no processo principal apresenta carácter internacional", com a consequente aplicabilidade do artigo 23.º de Bruxelas I, v. TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 17.

⁴⁶⁹ Cfr. o art. 81.º, n.º 1, do TFUE: "*A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça (...)*". Todas estas citações podem encontrar-se em FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.30, n. 43. V. tb. JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 89, ou PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 6.

⁴⁷⁰ TJUE, *Andrew Owusu v. N. B. Jackson («Villa Holidays Bal-Inn Villas»)* et al., C-281/02 (2005.03.01), n.º 28.

⁴⁷¹ Para uma comparação, v. *infra* o texto correspondent a n. 759 e seguintes. No sentido de que é indispensável a internacionalidade mas que a "*commune volonté des parties*" basta para a internacionalização, quanto a estes efeitos, v. a jurisprudência francesa em Cour de cassation (1re Ch. civ.), *Keller Grundbau GmbH v. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France*, Rev. crit. DIP, 95(2), 2006, pp. 413-414 (2005.10.04), convocando porém críticas na doutrina gaulesa (vejam-se HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.ºs 134, 135; MATHIAS AUDIT, "Du 4 octobre 2005. — Cour de cassation (1re Ch. civ.). — MM. Ancel, prés.; Pluyette, rapp.; Cavarroc, av. gén. — SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thirlez, SCP Parmentier et Didier, M. Rouvière, av.", in *Rev. crit. DIP*, 95 (2), 2006, pp. 414 ss., sempre embora reconhecendo que, no quadro da Convenção de Bruxelas, o recurso à cláusula atributiva de jurisdição "não está *expressis verbis* condicionado pela existência de uma situação internacional", p. 416, acrescentando que "é forçoso admitir a *Cour de cassation* coloca uma condição suplementar, ou a *minima* não expressamente visada, à aplicação" da Convenção, pp. 417-418, ou uma "condição não escrita", p. 419).

Os relatórios oficiais não esclarecem cabalmente. JENARD aponta fortemente no sentido de que sim, nos termos finais desta frase, conforme abaixo sublinhado:

"Article 17 applies where the agreement conferring jurisdiction was made either between a person domiciled in one Contracting State and a person domiciled in another Contracting State, or between a person domiciled in a Contracting State and a person domiciled outside the Community, if the agreement confers jurisdiction on the courts of a Contracting State; *it also applies where two persons domiciled in one Contracting State agree that a particular court of another Contracting State shall have jurisdiction.*"⁴⁷²

Mas, em sentido radicalmente oposto, escrevia-se no Relatório SCHLOSSER: "*Article 17, applying as it does only if the transaction in question is international in character (see paragraph 21)*"⁴⁷³, *which the mere fact of choosing a court in a particular State is by no means sufficient to establish (...)*"⁴⁷⁴. E há quem hoje aponte, neste último

⁴⁷² PAUL JENARD, "Report", cit., p. 38.

⁴⁷³ Neste, faz-se essencialmente uma remissão para dado passo do Relatório JENARD, onde se pode ler sobre a Convenção de Bruxelas. "*It alters the rules of jurisdiction in force in each Contracting State only where an international element is involved. It does not define this concept, since the international element in a legal relationship may depend on the particular facts of the proceedings of which the court is seised. Proceedings instituted in the courts of a Contracting State which involves only persons domiciled in that State will not normally be affected by the Convention; Article 2 simply refers matters back to the rules of jurisdiction in force in that State. It is possible, however, that an international element may be involved in proceedings of this type. (...)*" (PAUL JENARD, "Report", cit., p. 8). Não se olvide, entretanto, que estas afirmações se enquadram na análise do âmbito geral de aplicação da Convenção, ao passo que o anteriormente citado em texto deste mesmo Relatório se refere particularmente ao art. 17.º, regulador dos pactos de jurisdição.

⁴⁷⁴ PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 174. Apoiando-se e remetendo expressamente para este, veja-se, relativo à Convenção de Lugano de 2007, FAUSTO POCAR, "Relatório explicativo — Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial assinada em Lugano, em 30 de Outubro de 2007", in *JOCE*, 23.12.2009, C 319, 2009, n.º 104: "*O artigo 23.º aplica-se exclusivamente às relações com uma componente internacional, que não pode consistir apenas numa escolha dos tribunais de um determinado Estado (...)*". Adere timidamente ("in what follows", isto é, não sendo inequívoco se apenas como hipótese de trabalho para o exercício hipotético que aí faz, se antes em toda a extensão) a esta perspetiva por "presumir que os Relatórios mais recentes estão corretos e consideram quais são as consequências", TREVOR C. HARTLEY, "The International Scope of Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention", in

sentido, um argumento suplementar⁴⁷⁵ derivado da Convenção da Haia de 2005 sobre os acordos de eleição de foro, que se define como aplicável "*em processos de natureza internacional*" (artigo 1.º, n.º 1), esclarecendo: "*Para efeitos do Capítulo II [sobre competência], um processo tem natureza internacional excepto se as partes residirem no mesmo Estado Contratante e a sua relação e todos os elementos pertinentes da causa, independentemente da localização do tribunal eleito, estiverem associados unicamente a esse Estado*" (artigo 1.º, n.º 2). O argumento pode ter algumas fraquezas encontradas no próprio seio da Convenção da Haia: se observarmos agora o n.º 3 do artigo 1.º já citado, vemos que para efeitos "*do Capítulo III*", isto é, em sede de reconhecimento e execução, "*um processo tem natureza internacional quando é requerido o reconhecimento ou a execução de uma sentença estrangeira*" — sem que se proceda a qualquer distinção sobre a conformidade ou não da assunção de jurisdição; significa isto que, ao abrigo da Convenção da Haia de 2005, o tribunal de um Estado contratante pode ser chamado a reconhecer e executar a sentença judicial estrangeira *num caso que era puramente interno do Estado de reconhecimento*, simplesmente porque as partes, nessa relação jurídica desprovida de outros elementos de estraneidade, decidiram sujeitar, por acordo exclusivo de eleição de foro, o seu litígio aos tribunais que proferiram a sentença a reconhecer⁴⁷⁶. cremos, de toda a maneira, que a total independência entre as regras europeias em análise e as regras convencionais da Haia deitam por terra qualquer argumento de autoridade que destas últimas se pretendesse deduzir.

De novo, todavia, por alguns interpretado no sentido de contrariar decisivamente esta última interpretação *reducionista (Reduktionstheorie)*⁴⁷⁷ sobre a aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia, encontramos o considerando n.º 8 de Bruxelas I, que transita

MICHAEL JOACHIM BONELL / MARIE-LOUISE HOLLE / PETER ARNT NIELSEN (HRSG.), *Liber amicorum Ole Lando*, Djøf Publ., Copenhagen, 2012, p. 209.

⁴⁷⁵ Assim expressamente HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 134.

⁴⁷⁶ V. TREVOR C. HARTLEY, "The International Scope of Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention", cit., p. 208.

⁴⁷⁷ Cfr. REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 34.

praticamente inalterado para o n.º 13 de Bruxelas Ia: "*Deverá haver uma ligação entre os processos a que o presente regulamento se aplica e o território dos Estados-Membros. Devem, portanto, aplicar-se, em princípio, as regras comuns em matéria de competência sempre que o requerido esteja domiciliado num Estado-Membro*". Pode, pois, com algum apoio literal, daqui deduzir-se uma certa *prioridade* de "princípio" às regras uniformizadas por Bruxelas, que viria tornar obsoleta a opinião dominante "reducionista" em face da Convenção de Bruxelas⁴⁷⁸.

Não sendo à prova de equívoco as fontes, cremos que o enfoque não poderá deixar de iluminar um outro ponto a convocar para a discussão, que é o da tomada em consideração das *consequências de uma eventual exclusão*, do âmbito de aplicação de Bruxelas Ia, de um pacto de jurisdição que introduz por efeito dessa vontade um elemento *internacional* numa relação jurídica de outro modo *puramente interna*.

Por um lado, emerge necessariamente uma dificuldade, que é a de delimitar as situações *internacionais* em face das *puramente internas*⁴⁷⁹, que estaria ausente perante a interpretação menos reducionista. Por outro lado, os objetivos de promoção da autonomia privada e de facilitação do reconhecimento e execução de sentenças entre os Estados-membros favorecem a mais ampla aplicação do artigo 25.º de Bruxelas Ia⁴⁸⁰.

E a verdade, em último termo, é que o eventual afastamento deste último tem por consequência, tão-simplesmente, que somos obrigados a convocar as *regras de jurisdição nacionais* de cada um dos Estados-membros, ao invés do regime uniformizado: como

⁴⁷⁸ Assim REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 36, a começar a n. 37. Cfr. Art. 23, Rn. 29-39, e tb. Art. 2, Rn. 103. Aí se aponta ainda um argumento baseado na regulação, por Bruxelas I, no art. 17.º, n.º 3 (e hoje 19.º, n.º 3, de Bruxelas Ia), de pactos atributivos de jurisdição entre consumidor e cocontratante domiciliados no mesmo Estado-Membro, cujos tribunais designam como competentes — um caso, portanto, sem qualquer centelha de internacionalidade, pelo que aquela teoria, levada ao limite, não seria compatível com a existência desta regra no Regulamento: assim REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 17, Rn. 16.

⁴⁷⁹ Sublinhando essa dificuldade, no domínio dos conflitos de leis, cfr. por todos RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 441 ss..

⁴⁸⁰ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.31.

escreve MAGNUS, *"uma 'fuga' ao foro natural não iria nem poderia ser prevenida ao deixar-se a decisão ao direito nacional"*; pelo contrário, é desejável que os tribunais europeus apreciem *"todos os pactos de jurisdição segundo o mesmo standard"*, até porque seria *"estranho que os tribunais de Estados-membros da União Europeia tivessem que aplicar a sua própria lei nacional se partes domiciliadas no mesmo Estado-membro escolhessem a jurisdição de outro Estado-membro, mas tivessem que aplicar o artigo 25.º quando partes de fora da União Europeia — mesmo que domiciliadas no mesmo Estado — tivessem escolhido o(s) tribunal(is) de um Estado-membro"*⁴⁸¹.

Por esse motivo nos colocamos junto daqueles que consideram aplicável o artigo 25.º de Bruxelas Ia na hipótese em análise⁴⁸², e não dos seus opositores^{483, 484}. Em

⁴⁸¹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 26.

⁴⁸² CHRISTIAN KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", in *IPrax*, 3., Nr. 6, 1983, p. 266; JÜRGEN SAMTLEBEN, "Der Art. 23 EuGVO als einheitlicher Maßstab für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", in SABIH ARKAN / AYNUR YONGALIK (EDS.), *Festschrift Tuğrul Ansay — Zum 75. Geburtstag*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 358-359; HAIMO SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht — Ein Studienbuch*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014, Rn. 527 (o art. 23.º de Bruxelas I é *"claramente aplicável, quando dois alemães escolhem um tribunal austríaco"*, com citação de jurisprudência austríaca de 2008 nesse sentido) e Rn. 528 (com a abolição do requisito de pelo menos uma das partes ter domicílio em Estado-membro, o novo art. 25.º de Bruxelas Ia passa a valer uniformemente (*einheitlich*) para "todas as prorogações internacionais dos tribunais de um Estado-membro"); PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", in WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3 (§§ 1025-1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, Rn. 2, 5; JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., pp. 45, 445; MATTHIAS AULL, "Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zu OLG Hamm, 18. 9. 1997 — 5 U 89/97)", in *IPrax*, Heft 4, 1999, pp. 226 ss. (em interpretação do art. 17.º da Convenção de Lugano de 1988); RAINER HAUSMANN, "Internationales Vertragsrecht", cit., Rn. 241; na jurisprudência austríaca, cfr. explicitamente Oberster Gerichtshof, 10 Ob 40/07s, IHR 6/ 2007 245-249 (2007.06.05), *maxime* p. 248. A partir do que escreve ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., parece-nos resultar claro que o Autor não duvida da necessária intervenção do Regulamento quando, mesmo sendo todos os demais elementos da relação jurídica puramente internos de um Estado-membro, exista "a contract having a jurisdiction agreement for another state" (n.º 4.52, n. 89; v. ainda n.º 4.53: "the Regulation will not apply (...), always assuming that there is no choice of court agreement for, or some other connection to, another country."). HARTMUT LINKE / WOLFGANG HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, Rn. 6.7, aponta a continuidade da exclusão de "meras situações internas", mas não é claro se pretende com essa expressão referir-se aos casos em que duas partes escolhem foro interno, uma vez que aí explicita a inaplicabilidade do Regulamento tão-só "à atribuição de competência territorial (*örtliche Zuständigkeit*) em casos intraestaduais sem elemento de estraneidade").

acréscimo, afigura-se-nos-á mais judiciosa esta última interpretação do requisito de internacionalidade em Bruxelas Ia, também já com o *particular contexto jurídico-societário* em mente, de modo a minimizarem-se as dúvidas no momento da inserção de cláusula *estatutária* atributiva de jurisdição e do controlo de legalidade a sobre ela incidir em sede de registo comercial⁴⁸⁵.

Por fim, chamámos já a atenção que, além de a *dinâmica da lei*, com a sucessão de instrumentos normativos, poder criar dúvidas sobre a respetiva aplicação a um dado pacto de jurisdição⁴⁸⁶, também a *dinâmica da relação jurídica* que lhe subjaz, entre o espaço *internacional* e o *meramente interno*, pode levantar problemas próprios.

⁴⁸³ Entre eles, PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 6, 6b; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 89 (mas note-se bem como aqui se não admite a prorrogação na ausência de reconhecíveis elementos de estraneidade do litígio "ou outro interesse justificado (*berechtigt Interesse*) na escolha de um tribunal estrangeiro"). V. já tb., em geral, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1980, p. 116 ("La seule volonté des parties élisant un juge étranger ne saurait rien y changer."); e entre nós, MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, "Competência internacional e autonomia privada", cit., p. 221; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., pp. 37, 120.

⁴⁸⁴ Quanto a HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., é particularmente interessante notar que a Professora de Panthéon-Assas, hoje regularmente citada como uma das fadoras da exigência de uma internacionalidade *objetiva* para lá da mera escolha jurisdicional das partes (v. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.^{os} 133, 134), ao discorrer sobre o assunto em 1965, traçava uma marcada diferença entre a análise do problema da competência *legislativa*, em que era imperiosa a internacionalidade como pressuposto da *electio iuris*, e a competência *judiciária*, em que, sendo a competência internacional — na senda de BATIFFOL — uma "transposição da competência territorial interna" (v. pp. 195, 196), não haveria que estabelecer semelhantes exigências (no que podemos aliás encontrar uma resposta ao argumento de JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 89, ao citarem o considerando n.º 15 de Roma I: é verdade que aí se fixa a irrelevância de um pacto de jurisdição, por si só, para *internacionalizar* uma relação jurídica para efeitos de plena referência conflitual em *electio iuris*; mas não menos verdade é que essas considerações valem tão-só no contexto da competência *legislativa*, e não necessariamente no da competência *judiciária*. Por isso também diz ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 26, que o paralelo com o art. 3.º, n.º 3 de Roma I "does not meet the point"). V. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., n.^{os} 300 ss. (pp. 189 ss.). Concluía, por isso, n.º 429 (p. 264): "(...) la prorogation sera valable même s'il ne s'agit pas d'une affaire internationale(...)".

⁴⁸⁵ V. ainda *infra*, texto correspondente às nn. 768 ss..

⁴⁸⁶ V. *supra*, pp. 172 ss..

Que dizer, em primeiro lugar, da aplicabilidade do Regulamento a relações puramente internas (mesmo no que respeita ao foro escolhido), que todavia se *internacionalizou* em virtude da entrada na relação jurídica de elementos de estraneidade (por exemplo, uma modificação do domicílio de uma das partes, do lugar da execução da sua obrigação, *etc.*)? Parece-nos boa a perspetiva que, partindo embora em geral da relevância do momento em que o pacto é celebrado⁴⁸⁷, aceita como bastante para a aplicação do Regulamento a *internacionalidade* da relação jurídica na data do início da demanda judicial, a não ser que interesses justificados ou a proteção da confiança de uma das partes se oponham a uma tal solução⁴⁸⁸.

Semelhante orientação pode ajudar-nos, em segundo lugar, a resolver o problema da aplicabilidade de Bruxelas Ia a relações que eram *internacionais* no momento da celebração do pacto de jurisdição, mas que, por movimento semelhante — mas de sentido inverso — ao acima exemplificado, são *puramente internas* de um Estado no momento em que o litígio é dirimido: ressalvada a intervenção de interesses justificados de alguma das partes que militem noutro sentido, a *manutenção* da aplicabilidade do artigo 25.º é

⁴⁸⁷ Assim PETER GOTTFELD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 20. V. tb. Cour de cassation (1re Ch. civ.), *Keller*, 2005.10.04, cit.: "(...) *attendu que l'application* [do art. 17.º da Convenção de Bruxelas] *est subordonnée à reconnaissance du caractère international de la situation qui s'apprécie, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction (...)*" (p. 414), com a concordância de MATHIAS AUDIT, "Du 4 octobre 2005... (*Keller*: Anotação)", cit., p. 420.

⁴⁸⁸ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 64; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 11; RAINER HAUSMANN, "Internationales Vertragsrecht", cit., Rn. 242. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 136, partindo também do momento da celebração do pacto, acrescenta: "Todavia, se resultar dos elementos da causa que as partes tenham inserido essa cláusula precisamente em previsão de uma internacionalização possível da situação, seria concebível a produção de efeitos dessa atribuição convencional de competência". Para LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., em face do art. 23.º de Bruxelas I (que exigia o domicílio de pelo menos uma das partes num Estado-membro, sendo que, para a internacionalidade, "[o] domicílio das partes em Estados diferentes é, em princípio, condição suficiente, mas não é condição necessária") havia uma "lacuna" que "deve ser integrada por um solução autónoma, segundo a qual é suficiente o domicílio de uma das partes num Estado-Membro no momento da celebração do pacto ou da propositura da ação": cfr. p. 195.

aconselhada pela conveniência em garantir que as partes confiem que o pacto regularmente celebrado se mantém válido⁴⁸⁹.

1.6. Relação com outras fontes: em particular, a Convenção da Haia de 2005

Bruxelas Ia, enquanto regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros (artigo 288.º TFUE)⁴⁹⁰. Não, há, por conseguinte, quaisquer dúvidas sobre o primado da sua aplicação por sobre as normas jurídicas de direito nacional, em prol da mais ampla livre circulação das decisões em matéria civil e comercial, e bem assim da estabilidade e continuidade das relações privadas internacionais, que veem a certeza jurídica subir a um mais elevado grau por via desta unificação⁴⁹¹. No que respeita a outras fontes não nacionais, as nem sempre inequívocas *relações com outros instrumentos* são objeto dos artigos 67.º a 73.º de Bruxelas Ia⁴⁹².

Reveste-se de um particular interesse, entre essas fontes, a *Convenção da Haia de 2005 sobre os Acordos de Eleição do Foro*⁴⁹³, não só porque as negociações que levaram à sua aprovação ocupam um lugar histórico nos trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (embora não necessariamente pelas melhores razões), sendo

⁴⁸⁹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 64.

⁴⁹⁰ Sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda, por um lado, e da Dinamarca, por outro, v. os considerandos n.ºs 40 e 41 e *supra*, n. 370.

⁴⁹¹ V. sobretudo os considerandos n.ºs 6 e 15 de Bruxelas Ia.

⁴⁹² Neste último (art. 73.º), no seu n.º 2, se dá explícita precedência à Convenção de Nova Iorque de 1958 — v. já a propósito *supra*, pp. 193 ss..

⁴⁹³ Está acessível em linha (desde 17.6.2015) uma versão portuguesa do sítio na Internet da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (v. o anúncio em http://www.hcch.net/index_pt.php?act=events.details&year=2015&varevent=410), que se deveu aos esforços da ASADIP (sob a orientação da Prof.ª CLÁUDIA LIMA MARQUES (UFRGS)) e do Ministério da Justiça português. Aí se pode encontrar uma versão portuguesa da Convenção de 2005: http://www.hcch.net/index_pt.php?act=conventions.status&cid=98. Quando em seguida citarmos em português o texto convencional, seguiremos tal versão, deixando porém aqui registo de que apenas as versões *francesa e inglesa* fazem fé.

útil o seu conhecimento para a compreensão da situação atual (1.6.1.); porque o seu escopo material é justamente o dos *pactos de jurisdição* (exclusivos) e a sua entrada em vigor, marcada para 1 de outubro de 2015, levanta questões que ora importa esclarecer, ao menos na sua interação com Bruxelas Ia (1.6.2.); e, por fim, porque o *Judgments Project* está novamente na ordem do dia, do que daremos breve notícia (1.6.3.).

1.6.1. Antes da Convenção da Haia de 2005: o malogro do projeto inicial

Em 1992, os Estados Unidos da América tomaram a iniciativa de propor à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado a preparação e negociação de uma convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças⁴⁹⁴. O projeto iniciou em 1993 e, em 1999, a comissão especial a ele dedicada adotou um texto convencional preliminar. Todavia, da conferência diplomática de 2001 em que era suposto concluir-se o processo, não resultou mais do que uma versão em que proliferaram propostas colocadas entre parêntesis, simbolizando a falta de consenso nas soluções avançadas, mesmo em pontos que previamente o tinham já merecido. Em face das dificuldades, o projeto de 1992 foi significativamente reduzido no seu fôlego, culminando na aprovação da Convenção da Haia de 2005 sobre os acordos de eleição do foro⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Não foi esta a primeira iniciativa no quadro da Haia, onde os primeiros esforços se registam já em 1925: v. HAIMO SCHACK, "Wiedergänger der Haager Konferenz für IPR: Neue Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen?", in *ZEuP*, 2014, pp. 825-826.

⁴⁹⁵ Para um excelente resumo deste processo, v. HÉLÈNE VAN LITH, *International Jurisdiction and Commercial Litigation – Uniform Rules for Contract Disputes*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, pp. 14 ss.. Indicando ainda, como uma outra *progenia* do inicial *Judgments Project*, o chamado *Trans-Tasman Proceedings regime*, entre a Austrália e a Nova Zelândia, objeto de convenção internacional assinada em 2008, veja-se DAVID GODDARD, "The Fruits of the Judgments Project", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 197 ss.. Acrescentando a este *Trans-Tasman Agreement* um outro acordo recíproco sobre reconhecimento e execução entre a República Popular da China e a região administrativa especial de Hong Kong, v. MARTA PERTEGÁS / LOUISE ELLEN TEITZ, "Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court

Quais as razões para a falta de êxito? Não há uníssono entre os autores, nem mesmo aqueles que estiveram mais diretamente envolvidos nas negociações⁴⁹⁶. Não cabendo aqui a mera especulação sobre os aspectos negociais ou diplomáticos envolvidos, uma análise do decurso deste processo, das causas mais visíveis de discordância, bem como da percepção que deles existe na doutrina e mesmo na jurisprudência ajudará a que se compreenda o estado de coisas nos nossos dias⁴⁹⁷.

Em fevereiro de 2000, o *Assistant Legal Adviser* da Administração estadunidense, Jeffrey D. Kovar, que encimava as negociações do lado dessa federação, escreveu uma famosa carta ao Secretário Geral da Conferência da Haia, Hans van Loon, dando conta do descontentamento dos Estados Unidos com respeito aos últimos desenvolvimentos das negociações. Na "Kovar letter", autêntico *canto do cisne* deste processo, Kovar apresenta a perspectiva estadunidense em onze páginas⁴⁹⁸ e deixa consignado que "os Estados Unidos têm que sopesar cuidadosamente as potenciais vantagens, para os litigantes estadunidenses, do reconhecimento e execução de sentenças dos seus tribunais, e as desvantagens da convenção. As desvantagens identificadas incluem a perda de práticas tradicionais de litigância e os desequilíbrios e perdas económicas que seriam provavelmente causados pela inconsistente aplicação da convenção que viesse a surgir. Estas preocupações são particularmente intensas porque o projeto abrange um vasto

Agreements", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 467-468.

⁴⁹⁶ Vejam-se desde logo KEVIN M. CLERMONT, "An Introduction to the Hague Convention", in JOHN J. BARCELÓ III / KEVIN M. CLERMONT (EDS.), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from the Hague*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 3 ss., ou RONALD A. BRAND, "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention text on Jurisdiction and Judgments: a view from the United States", in FAUSTO POCAR / COSTANZA HONORATI (EDS.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments — Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003*, Cedam, Padova, 2005, pp. 3 ss., bem como os demais contributos constantes destas obras.

⁴⁹⁷ Já sobre este tema, mas no contexto da análise do papel da *cooperação jurisdicional transnacional*, escrevemos em RUI PEREIRA DIAS, "Suing Corporations in a Global World", cit., pp. 501 ss..

⁴⁹⁸ Acessíveis em <http://legalminds.lp.findlaw.com/list/intpil/doc00003.doc>, por último acedida em 21.7.2015.

espectro de interesses na litigância, privados e públicos, potencialmente afectados"⁴⁹⁹. Estas afirmações são seguidas de uma lista das "mais pronunciadas preocupações" da delegação americana, que, não sendo "exaustiva" nem "definitiva", é bem elucidativa das dificuldades negociais, com duas delas a surgirem expressamente destacadas como "barreiras insuperáveis" ao êxito da convenção. São elas, em primeiro lugar, a criação, na proposta de convenção, de "princípios e critérios rígidos para a proibição da jurisdição, que irão conduzir a uma excessiva litigância e a conflitos entre as partes acerca da conseqüente falta de uniformidade na aplicação da convenção". E, em segundo lugar, a disposição do artigo 9.º da proposta, relativa a "*Branches [and Regular Commercial Activity]*", em que os Estados Unidos "detectaram muito escasso apoio, na sala de conferências, ao conteúdo entre parêntesis. E no entanto, poderá ser que nem ele vá tão longe quanto suficiente para satisfazer a nossa advocacia (*our litigating Bar*), que acredita fortemente na ideia fundamental de que deverá haver jurisdição sobre os réus, no mínimo, em qualquer foro onde a causa de pedir emerja da sua atividade comercial nesse foro. Sem uma tal disposição, não sabemos como convencer o sector privado americano, e o sector público estadual e federal, de que a lista branca (*white list*) de jurisdição cobre todas as bases jurisdicionais que são razoáveis, sensatas e necessárias. Esta parece ser uma barreira insuperável ao êxito da convenção"⁵⁰⁰.

Recorde-se que esta referência à *white list*, ou lista branca, recupera a terminologia que distingue as convenções internacionais respeitantes a conflitos de jurisdição entre *simples* e *duplas*. As primeiras estabelecem regras sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (trabalham, pois, ao nível da competência jurisdicional *indireta* dos tribunais de revisão), ao passo que as segundas acrescentam-lhe a regulação da competência internacional *direta* dos tribunais

⁴⁹⁹ Cfr. n. anterior, p. 3.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, pp. 5, 7.

primeiramente decisores⁵⁰¹. Arthur Taylor VON MEHREN foi um dos grandes teorizadores neste domínio, afirmando a "relação simbiótica" entre ambos os aspectos jurisdicionais e, por conseguinte, a conveniência em uma sua integrada abordagem e regulação. O professor de Harvard propôs a estrutura, que veio a ser adotada no texto convencional preliminar, consistente em uma *lista branca* das bases de jurisdição *aceites*, em que os Estados estariam vinculados ao reconhecimento e execução de sentenças de tribunais de outros Estados contratantes que fossem proferidas ao seu abrigo; uma *lista negra*, com as bases de jurisdição *proibidas*, em que portanto a possibilidade de reconhecimento estaria obrigatoriamente excluída; e uma *área cinzenta*, composta pelas bases jurisdicionais cuja admissibilidade dependeria da lei do Estado de reconhecimento e execução. Este último aspecto caracteriza a *convention mixte*⁵⁰².

De todo o modo, as *barreiras insuperáveis* ao êxito da negociação convencional não foram ultrapassadas, ainda que a versão preliminar de 2001 apresentasse compromissos significativos, de que as disposições propostas como artigos 21 e 22, sobre litispendência ("*lis pendens*") e *forum non conveniens* ("Exceptional circumstances for declining jurisdiction"), respetivamente, eram viva demonstração⁵⁰³.

Quando cotejamos as várias análises empreendidas, há duas objeções essenciais à judicatura estadunidense que se destacam. Primeira, quanto ao *conteúdo* das sentenças de tribunais estadunidenses, em particular devido ao que, desde a perspectiva doutras mundividências jurídicas, se afiguravam como condenações largamente excessivas em pedidos indemnizatórios. Segunda, quanto à *grande amplitude* — ou, de um ponto de vista crítico, à *exorbitância* — das bases jurisdicionais ao dispor dos mesmos tribunais,

⁵⁰¹ V. p. ex. ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", cit., p. 61.

⁵⁰² ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?", in *Law & Contemp. Probs.*, vol. 57, 1994, pp. 283, 285.

⁵⁰³ Cfr. o seu texto em PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW / PETER NYGH / FAUSTO POCAR, *Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 — 20 June 2011 — Interim Text*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000, pp. 19, 20.

em relação a réus estrangeiros, em que se destacam a *tag*⁵⁰⁴ e a *doing business jurisdiction*⁵⁰⁵. Em ambos os casos, uma breve consulta da opinião autorizada⁵⁰⁶, bem como das declarações oficiais do Departamento de Estado norteamericano⁵⁰⁷, confirmam esta análise.

⁵⁰⁴ V. LINDA J. SILBERMAN, "Reflections on *Burnham v. Superior Court*: Toward Presumptive Rules of Jurisdiction and Implications for Choice of Law", in *Rutgers L.J.*, vol. 22, 1990-1991, com uma breve definição, p. 569, n. 3: "'Tag' jurisdiction refers to jurisdiction asserted over a defendant who is physically served with process while physically present within the state, i.e., the defendant can be said to have been 'tagged' by the process server. In this context, the term usually implies that the defendant is not a permanent resident or a domiciliary of the forum state but is only temporarily physically present". Já de certo modo críticos da mera *presença* como base jurisdicional, ao fixarem perspectivas para o futuro, veja-se o clássico texto de ARTHUR TAYLOR VON MEHREN / DONALD T. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", in *Harv. L. Rev.*, vol. 79, 1966, p. 1164.

⁵⁰⁵ V. principalmente HÉLÈNE VAN LITH, *International Jurisdiction and Commercial Litigation*, cit., pp. 269 ss.; tb. GARY B. BORN / PETER B. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States courts*, cit., pp. 110 ss.; em comparação com a "perspetiva europeia", ANDREAS F. LOWENFELD, *International litigation and arbitration: selected treaties, statutes, and rules*, 3rd, Thomson/West, St. Paul, Minn., 2005, pp. 208 ss.; tb. RUSSELL J. WEINTRAUB, *International litigation and arbitration - Practice and planning*, 6th ed., Carolina Academic Press, Durham, N.C., 2011, pp. 44 ss..

⁵⁰⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE (A. LOWENFELD / L. SILBERMAN (REPORTERS)), *International Jurisdiction and Judgments Project*, 2000, pp. 6-7 ("Overall, the Preliminary Draft Convention is in many respects different from an American wish list, but the United States is confronted with a difficult situation. Because foreign judgments are recognized and enforced to a much greater extent in the United States than judgments rendered in the United States are recognized and enforced abroad, the United States has the greater need for increased commitment by other states to enforcement (...). For other countries, whose judgments are already enforced here (...), the primary interest in a convention is in eliminating the range of judicial jurisdiction of American courts over their domiciliaries"; "In particular, American courts' assertions of «general jurisdiction» on grounds of «tag» and «doing business» are viewed as excessive and exorbitant in some other countries."). V. tb. GARY B. BORN / PETER B. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States courts*, cit., p. 107 ("Ultimately, however, the negotiations failed. Among other things, European states insisted that any proposed convention prohibit (a) tag jurisdiction, where general jurisdiction is based on service of process within the forum state's territory; and (b) 'doing business' jurisdiction, where general jurisdiction is based upon a foreign, nondomiciliary defendant engaging in significant levels of business activities in the forum."; ANDREAS F. LOWENFELD, *International litigation and arbitration*, 3rd ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2006, pp. 247-248 ("The insistence of the civil law states on the limit on jurisdiction other than under Article 2 (domicile) to claims arising out of the operations of the branch, agency, or other establishment is one way of expressing the rejection of the common law concept of general jurisdiction on the basis of «doing business»"; "[t]his difference, more than any other, led to the breakdown of the effort to agree on a proposed international Convention (...) that had been in negotiation for a decade").

⁵⁰⁷ V. a informação disponibilizada *online* pelo U.S. DEPARTMENT OF STATE — BUREAU OF CONSULAR AFFAIRS, sob o título *Enforcement of Judgments*, acessível em <http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/judicial/enforcement-of-judgments.html> (por último acedido em 23.7.2015), onde se pode ler uma muito interessante interpretação "autêntica" sobre

Ademais, nos desenvolvimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal estadunidense, em matéria jurisdicional civil, que se seguiram ao projeto da Haia (tanto ao seu início como ao seu termo)⁵⁰⁸, mormente no acórdão *Goodyear*^{509/510}, tanto os juízes

a inexistência de convenções bilaterais entre os EUA e outros Estados em matéria jurisdicional civil: “There is no bilateral treaty or multilateral international convention in force between the United States and any other country on reciprocal recognition and enforcement of judgments. Although there are many reasons for the absence of such agreements, a *principal stumbling block* appears to be the *perception of many foreign states that U.S. money judgments are excessive* according to their notions of liability. Moreover, *foreign countries have objected to the extraterritorial jurisdiction asserted by courts in the United States*” (sublinhados nossos). *Ibid.*, também com interesse, agora sob o título *Personal Jurisdiction*, pode ler-se: “As noted above, foreign countries may find that the U.S. interpretation of this issue differs from local foreign law, rendering the U.S. judgment unenforceable abroad. For this reason, you may wish to consult a local attorney in the foreign country very early in the U.S. proceeding, long before any judgment is rendered”.

⁵⁰⁸ Com efeito, antes de *Goodyear*, que citamos de seguida em texto, o último caso internacional sobre *general jurisdiction* havia sido SCOTUS, *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall et al.*, 466 U.S. 408 (1984).

⁵⁰⁹ SCOTUS, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A., et al. v. Brown et ux., co-administrators of the estate of Brown, et al.*, 10-76, 564 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 10-76) (2011). Sobre o tema, é também importante conhecer SCOTUS, *Daimler AG v. Bauman et al.*, 11-965, 571 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 11-965) (2014).

⁵¹⁰ Em breve descrição de *Goodyear*, seguindo de perto a sinopse oficial respetiva, os demandados, residentes na Carolina do Norte, cujos filhos faleceram num acidente de autocarro nas imediações de Paris, propuseram uma ação de indemnização por *wrongful death* num tribunal do Estado federado da Carolina do Norte. Alegando que o acidente foi causado por uma falha nos pneus, propuseram a ação contra os réus Goodyear USA, uma sociedade comercial constituída de acordo com a lei do Estado do Ohio, bem como contra as sociedades *in casu* recorrentes: três sociedades filiais da Goodyear USA, constituídas e a exercer atividade em, respetivamente, Luxemburgo, Turquia e França. Os pneus das recorrentes eram produzidos primordialmente para os mercados europeu e asiático, sendo diferentes no tamanho e no fabrico dos pneus comumente vendidos nos Estados Unidos. As filiais luxemburguesa, turca e francesa não estavam registadas para exercer atividade (*to do business*) na Carolina do Norte; não tinham estabelecimento, empregados ou contas bancárias nesse Estado; não desenhavam, produziam ou publicitavam os seus produtos nesse Estado; e não promoviam negócios (*to solicit business*) no Estado, nem vendiam ou expediam pneus para clientes na Carolina do Norte. Ainda assim, uma pequena percentagem dos seus pneus foram de facto distribuídos na Carolina do Norte por outras sociedades afiliadas da Goodyear USA. O tribunal de primeira instância negou o pedido de absolvição da instância contra as recorrentes baseado em falta de competência *ratione personae* (na terminologia estadunidense, *personal jurisdiction*). O tribunal de recurso na Carolina do Norte confirmou a sentença, concluindo que os tribunais desse Estado tinham competência geral (*general jurisdiction*) sobre as recorrentes, cujos pneus chegaram ao Estado através dos *fluxos comerciais* (“*the stream of commerce*”). Pois bem: em última instância, os juízes do *Supreme Court* decidiram que as sociedades recorrentes *não eram demandáveis* no Estado da Carolina do Norte, ao tratar-se, como é o caso, de matéria *não relacionada* com qualquer *atividade exercida* pelas recorrentes *no Estado do foro*. Em primeiro lugar, o tribunal focou-se na *Due Process Clause* da Décima Quarta Emenda da Constituição federal, que determina os limites máximos da autoridade de um tribunal estadual para proceder contra um demandado (com efeito, a asserção de competência internacional é analisada, não propriamente

em si própria ou pelos seus méritos jurídico-jurisdicionais abstratamente considerados, mas antes no sempre presente confronto direto com a *Due Process Clause*, que, como é sabido, fixa os confins da admissibilidade jurídico-constitucional das regras estaduais de conflitos de jurisdições — normalmente amplísimas, em chamados *long-arm statutes*, que muitas vezes não mais fazem do que uma afirmação da competência interestadual (e internacional) dos tribunais estaduais *sempre que tal não contrarie a Due Process Clause* (para um exemplo, v. a lei californiana, conforme citada em SCOTUS, *Bauman*, 2014, cit., p. 6: "Under California's long-arm statute, California state courts may exercise personal jurisdiction 'on any basis not inconsistent with the Constitution of this state or of the United States.' Cal. Civ. Proc. Code Ann. §410.10 (West 2004)"; vendo os *long-arm statutes* a partir da Europa do fim do século passado como uma "utilização negativa e certamente abusiva do princípio de proximidade", cfr. PAUL LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé", in *Recueil des Cours*, t. 196 (1986), 1987, p.131). É aliás por isso que, na prática, a questão jurídico-jurisdicional se transmuda numa questão jurídico-constitucional, ou recebe esta e os subsídios da sua análise, o que traça uma diferença fundamental em relação ao modo como o problema jurisdicional é tipicamente tratado na Europa, e não apenas continental). O acórdão pioneiro *International Shoe* (SCOTUS, *International Shoe Co. v. State of Washington*, 107, 326 U.S. 310 (1945)), amplamente glosado, determinou que os tribunais estaduais podem afirmar a sua competência *ratione personae* sobre um demandado de fora do Estado que tenha "*certos contactos mínimos*" com esse Estado, "de modo que o prosseguimento da ação não ofenda 'as noções tradicionais de *fair play* e justiça substantiva'", expressão esta em volta da qual muito esforço interpretativo, jurisprudencial e doutrinário, foi despendido nos últimos sessenta anos. Procurando dar conteúdo específico a "*fair play* e justiça substantiva", *International Shoe* procedeu a uma classificação dos casos que envolvem sociedades demandadas originárias de fora de um Estado. Primeiro, o *Supreme Court* federal reconheceu que o tribunal estadual pode exercer o seu poder jurisdicional quando a atividade da sociedade dentro do Estado seja "*contínua e sistemática*"; e dela tenham resultado os factos subjacentes ao caso em juízo (SCOTUS, *International Shoe*, 1945, cit., p. 317). Também disse que a prática de "*atos singulares ou ocasionais*" num Estado pode ser suficiente para que uma sociedade responda judicialmente nesse Estado por tais atos, mas já não com respeito a matérias *não relacionadas* com os seus contactos com o foro. Estas duas categorias compõem ambas o que hoje se denomina *specific jurisdiction*. O *Supreme Court* distinguiu esta categoria dos casos em que a contínua atividade da sociedade num Estado é "*tão substancial e de uma tal natureza que se justifica a sua submissão a juízo [mesmo] quando demandada por causas de pedir que derivam de atos inteiramente distintos daquela atividade*" (SCOTUS, *International Shoe*, 1945, cit., p. 318). À autoridade adjudicatória assim fundada chamamos agora *general jurisdiction* (a propósito, entre nós, da noção de *jurisdição*, que "tanto pode ser referida a todos tribunais portugueses como reportar-se a uma certa categoria ou ordem de tribunais (por exemplo, os tribunais administrativos e fiscais)", v. ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Curso de Organização Judiciária*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 20-21, texto e n. 25, definindo ainda aquela primeira acepção como o "*poder de julgar, constitucionalmente atribuído ao conjunto dos tribunais existentes na ordem jurídica portuguesa*", e estabelecendo o confronto com a por isso mesmo porventura impropriamente designada *competência internacional*, para o que se convoca a lição de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil — I Volume*, Associação Académica (da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, 1987, pp. 348-349, que indicava ser "*talvez com defeito de técnica terminológica*" que é batizada de *competência internacional* a "*jurisdição dos tribunais portugueses em seu conjunto, em confronto com a dos tribunais estrangeiros*"; mas v. já ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado — Livro I — Princípios Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, p. 599, que equiparava os conceitos de "*competência geral, competência jurisdicional e competência internacional*" enquanto expressões da "*medida da jurisdição de um Estado em relação à jurisdição dos outros Estados*", considerando *competência jurisdicional* "[a] expressão mais própria", mas identificava

como as partes intervenientes confirmaram, de modo inequívoco, ser este o modo como

também vantagens em *competência internacional*, pelo contraste que nitidamente estabelecia em face da *competência interna*). Em segundo lugar, o tribunal avança para a afirmação de que não existiam, no caso concreto, os contactos comerciais *contínuos e sistemáticos* que seriam indispensáveis para o legítimo exercício de jurisdição pelos tribunais estaduais da Carolina do Norte em sede de *competência geral*. Aí se expõe a inadequação da análise do *Court of Appeal*, o tribunal *a quo* (aliás, amplamente comentada e objeto de expressa menção em audiência no Supreme Court, de tal modo que até a parte que pretendia a confirmação da decisão judicial recorrida se distanciava dessa argumentação: v. a transcrição da sessão disponível na internet via http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio_detail.aspx?argument=10-76, consultado em 25.08.2015, p. 24.), que baseia toda a sua fundamentação numa errónea referência à doutrina dos *fluxos comerciais* (*stream of commerce*), que seria apenas cabida se estivessemos perante um caso de *competência específica*. Essa doutrina, conforme plasmada em inúmeras legislações estaduais — através dos chamados *long-arm statutes* —, estabelece como elemento de conexão bastante para o estabelecimento de jurisdição, em casos de responsabilidade do produtor, a circunstância de este, atuando embora fora do território de um Estado, colocar no *fluxo comercial* um produto que *a final* vem a causar dano dentro daquele território. Contudo, o tribunal avisa, podendo esse *fluxo comercial* sustentar a legítima assunção de *competência específica*, as conexões que sustentam a esta última não podem garantir, de modo algum, que com base nas mesmas o foro possa assumir *competência geral* sobre o demandado. Isto é, voltando a *International Shoe*, mesmo “*uma atividade contínua de qualquer tipo dentro de um Estado não é suficiente para fundar o pedido de que a sociedade seja aí demandável por litígios não relacionados com essa atividade*” (SCOTUS, *International Shoe*, 1945, cit., p. 318). Percrutando os precedentes *Helicopteros* (SCOTUS, *Helicopteros*, 1984, cit.) e *Perkins* (SCOTUS, *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co. et al.*, 342 U.S. 437 (1952)), os únicos acórdãos anteriores do Supremo (pós-*International Shoe*) sobre *general jurisdiction*, a competência dos tribunais da Carolina do Norte sobre os réus não pôde, em *Goodyear*, ser afirmada. Com efeito, em *Perkins*, julgado em 1952, a sociedade, constituída embora nas Filipinas, era “*dirigida*” a partir do Estado do Ohio, pelo que se justificava a aceitação da competência internacional. Já em *Helicopteros*, as ações de condenação propostas por sucessores dos cidadãos estadunidenses falecidos em acidente aéreo no Peru, num helicóptero de uma sociedade da Colômbia, não foram admitidas nos tribunais do Texas, porque os contactos com esse foro eram apenas baseados em negociações contratuais que aí tiveram lugar; a aceitação de pagamentos, depositados na sua conta em Nova Iorque, por meio de cheques sacados sobre contas bancárias sediadas no Texas; a compra de equipamento e a contratação de serviços operacionais a uma sociedade texana; e o envio ao Texas de pessoal da demandada para formação. Com efeito, estas “*conexões*” fácticas com o Texas não “*constituem a espécie de contactos comerciais gerais contínuos e sistemáticos*” que existiam em *Perkins*, pelo que não bastaram para que sobre eles fosse fundada a competência internacional dos tribunais texanos, numa lide que não era “*resultante de*” nem “*relacionada com*” as atividades da ré no Estado do Texas. O tribunal compara expressamente os factos subjacentes a *Helicopteros* e *Goodyear* para concluir que as conexões fácticas acima descritas, entre a ré em *Helicopteros* e o Estado do Texas, por um lado, e as rés em *Goodyear* e o Estado da Carolina do Norte, não são distinguíveis em termos que pudessem relevar para a questão jurisdicional. Enfim, em terceiro lugar, de modo extremamente sucinto e com fundamento em não terem as rés atempada e oportunamente levantado a questão, o *Supreme Court* afasta liminarmente a análise do suposto problema da desconsideração da personalidade jurídica das filiais da *Goodyear USA* com vista a que se tratassem todas as entidades societárias envolvidas como um “*negócio unitário*” (*unitary business*), com a pretendida consequência de que a competência jurisdicional sobre a sociedade-mãe conduzisse à válida sujeição das filiais ao mesmo foro.

naquele lado do Atlântico Norte se encara, em retrospectiva, o malogro das negociações da Haia⁵¹¹. É mesmo interessante verificar como a perspectiva americana sobre os trabalhos

⁵¹¹ Antes das citações, note-se que juntamente com *Goodyear* — em que se colocava um problema de *general jurisdiction*, portanto de competência internacional independentemente da localização dos factos ou outros elementos da relação jurídica que dão azo ao litígio — foi julgado o seu *companion case* (os acórdãos são aliás da mesma data, 27.6.2011) SCOTUS, *McIntyre v. Nicastro*, 2011, cit.. Estão acessíveis online várias informações, peças processuais e documentos relevantes em <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/goodyear-luxembourg-tires-sa-v-brown/> (para *Goodyear*); e <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/j-mcintyre-machinery-v-nicastro/> (para *Nicastro*), acedidos por último em 27.5.2015 (tal como todos os demais *links* identificados nesta nota). Em *Goodyear*, e já não em *Nicastro*, a Administração interveio como *Amicus Curiae*, o que, pode dizer-se, é demonstrativo da preocupação que as questões de *general jurisdiction* continuam a gerar, em particular quando num contexto não meramente interestadual mas internacional. A peça processual submetida pelos EUA enquanto *Amicus Curiae* está disponível em <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2010/11/AmicusUS.10-76.pdf>, onde se pode ler: “(...) foreign governments’ objections to our state courts’ expansive views of general personal jurisdiction have in the past impeded negotiations of international agreements on the reciprocal recognition and enforcement of judgments. (...) The conclusion of such international compacts is an important foreign policy objective of the United States because such agreements serve the United States’ interest in providing its residents a fair, predictable, and stable system for the resolution of disputes that cross national boundaries. Reversal of the state court’s judgment, in accordance with this Court’s precedents, would thus serve the diplomatic interests of the United States” (pp. 33-34).

Além do mais, também as partes no litígio abordaram os problemas emergentes da inexistência de uma unificação ou harmonização internacional de regras de jurisdição. Os demandantes, defendendo a ausência de base jurisdicional *in casu*, alegam que a aceitação da lide no tribunal americano “undermines the predictability and fairness that are at the core of due process constraints on personal jurisdiction” (petição de *certiorari*, p. 18, disponível em <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2010/09/Pet.10-76.pdf>). E em alegações orais — cuja transcrição oficial está acessível em http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/10-76.pdf — acrescenta-se: “obviously we wouldn’t recognize that under our Due Process Clause, and I think it points up some of the reasons why, at least at the margins, it is important to be able to negotiate treaties so that we can avoid having that sort of jurisdiction exercised against our citizens, just as within the European Community they have an agreement that it’s not exercised within that community” (p. 51).

Por seu turno, os demandados, ao contestarem (http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_09_10_10_76_Respondent.authcheckdam.pdf): “international business’ purported disenchantment with the American judicial system cannot reasonably be blamed on the potential outcome in this case. Some foreign corporations *already* fear litigating in American courts. Likewise, even trade partners who impose «exorbitant» jurisdictional rules on American businesses have long complained when general jurisdiction is asserted over non-resident corporations under certain circumstances” (p. 54-55). Algumas das disposições vigentes nesses *trade partners* europeus são identificadas: “France permits anyone domiciled in France to sue anyone, anywhere, over anything in the French courts. (...) Germany bases jurisdiction on the presence of a defendant’s assets in Germany; England on personal service in the U.K. (...) Pursuant to the Brussels and Lugano trade treaties, these practices have migrated to other signatories, including Luxembourg and Belgium” (p. 54, n. 25). Por fim, em alegações orais (cfr. a transcrição oficial há pouco identificada): “even as far back as 15 years ago, the Hague Convention, our trade partners that are complained of here, talked about the fact that using -- attributing contacts or counting contacts that were based on conduct performed

da Haia é, ao menos na aparência, tão mais intensamente focada num exercício verdadeiramente *negocial* do que a europeia, a partir da qual parecem ter partido os esforços mais dedicados à obtenção da mais justa regulamentação internacional uniformizada de regras de jurisdição⁵¹².

Com possível relevo no malogro das negociações terá estado, a partir de certa altura, a circunstância de que, sendo originalmente uma ideia provinda dos Estados Unidos, o projeto estaria a seguir um trilho muito diferente daquele que os americanos haveriam imaginado ou pretendido, ao que se terão juntado as crescentemente relevantes dificuldades colocadas em novas matérias como o comércio eletrónico, a propriedade intelectual, as violações de direitos humanos. A juntar-se a esta lista, não será despicienda a crescente perceção por juristas americanos de que o "típico réu estrangeiro" nos EUA teria normalmente bens localizados nesse território em valor suficiente para os casos mais

by others was appropriate and was not really a sticking point and that they were perfectly content to leave that to other cases" (p. 26); " I think (...) if the Court's view is basically (...) that you are limited to principal place of business, State of incorporation, and physical presence [como as únicas bases jurisdicionais], which we don't think is the state of the law, and, frankly, if it were the state of the law, then we would have a Hague Convention now and it wouldn't have taken 20 years to negotiate" (pp. 34-35).

⁵¹² Assim RALF MICHAELS, "Two Paradigms of Jurisdiction", in *Mich. J. Int'l L.*, vol. 27 (2005-2006), 2006, p. 1064. V. tb., do lado americano, aliás com título bem sugestivo em confirmação do que em texto se diz, RUSSELL J. WEINTRAUB, "How Substantial is Our Need for a Judgments-Recognition Convention and What Should We Bargain Away to Get it?", in *Brook. J. Int'l L.*, vol. 24, 1998, pp. 167 ss. (a pp- 168-169 pode encontrar-se breve referência a esforços bilaterais anteriores, dos anos 1970, entre os EUA e o Reino Unido, que também se malograram. Vem à mente o dito de que faz eco HAIMO SCHACK, "Wiedergänger der Haager Konferenz für IPR: Neue Perspektiven", cit., p. 826: *The Senate is a graveyard for treaties*). Merece destaque, todavia, como voz americana crítica de uma abordagem puramente negocial ao assunto, a do saudoso Professor novaiorquino ANDREAS F. LOWENFELD, "Thoughts About a Multinational Judgments Convention: A Reaction to the Von Mehren Report", in *Law & Contemp. Probs.*, vol. 57, 1994: "I do not believe a convention drawn too narrowly, or negotiated like a trade agreement, where every benefit is treated like a concession to be paid for by one's negotiating partners, would justify such an effort." (p. 302); "What could justify the required effort would be a genuine commitment to the principle that civil controversies that cannot be settled by negotiation or arbitration should be submitted to appropriate courts — but only once. If this objective can be attained, I believe the symbolism will not be lost that the world's democracies respect each other's judicial systems and have a shared perception of essential fairness. Beyond the many technical issues I have tried to raise here, such a message, focused on settlement of disputes, is worth a good deal." (p. 303).

comuns de necessidade de execução patrimonial, o que só por si em muito diminuiria a efetiva necessidade e premência da celebração de uma *judgments convention*⁵¹³.

1.6.2. A Convenção da Haia de 2005

Após o malogro do projeto da Haia que acabámos de analisar, a Conferência da Haia dedicou-se a um projeto menos ambicioso mas de importância não despreciable para este nosso estudo, atento o seu escopo material: a já aludida *Convenção da Haia de 2005 sobre os acordos de eleição do foro*.

O seu início absoluto de vigência foi recentemente fixado: *1 de outubro de 2015*. Com efeito, prevê o artigo 31.º, n.º 1, que a Convenção "entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses subsequente ao depósito do segundo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão"; ora, tendo o México depositado o primeiro instrumento, já em 2007, a União Europeia, após aprovação enquanto organização regional de integração económica⁵¹⁴, depositou o instrumento de aprovação em 11 de junho de 2015, com o que, de acordo com aquela regra, é o primeiro de outubro a data de entrada em vigor para todos os vinte e sete Estados-membros da

⁵¹³ Assim FRIEDRICH K. JUENGER, "A Hague Judgments Convention?", in *Brook. J. Int'l L.*, vol. 24, 1998: "And what does the United States stand to gain? There may be some American judgment creditors with horror stories to tell about their inability to collect abroad on a domestic judgment; but there does not seem to be an army of them clamoring for greater comity. In fact, the typical foreign defendants in American courts are global enterprises such as Volkswagen or Mitsubishi with enough domestic assets to satisfy any American judgment. Even medium-sized and smaller foreign enterprises are bound to have open accounts or other assets that American judgment creditors can readily attach. Thus, the problem of recognizing American judgments abroad tends to arise only in the event that the defendant is a fairly small business or an individual" (p. 114).

⁵¹⁴ Veja-se por último, após a aprovação pelo Parlamento Europeu e seguindo o processo legislativo ordinário (nos termos do art. 81.º, n.º 2, do TFUE), a *Decisão do Conselho de 4 de dezembro de 2014 relativa à aprovação, em nome da União Europeia, da Convenção da Haia, de 30 de junho de 2005, sobre os Acordos de Eleição do Foro*, in *JOUE* 10.12.2014, L 353, pp. 5 ss..

União Europeia vinculados, excluindo-se pois a Dinamarca⁵¹⁵. O desaparecimento dos Estados-membros, *em nome próprio*, da cena internacional convencional em matérias de conflitos de leis e de jurisdições, em face da competência assumida pelas Comunidades desde o Tratado de Amesterdão, tem aqui mais uma solene manifestação⁵¹⁶.

Ainda no que respeita ao espectro temporal relevante, pormenorizando agora a fixação do seu âmbito temporal de aplicação, a Convenção aplicar-se-á, nos termos do seu artigo 16.º, aos acordos exclusivos de eleição do foro *concluídos depois da sua entrada em vigor no Estado do tribunal eleito* (n.º 1), e não será aplicável a ações propostas *antes da sua entrada em vigor no Estado do tribunal onde a ação foi proposta* (n.º 2). Significa portanto que, quando seja Portugal, qualquer dos demais vinte e seis ou o México o Estado do tribunal eleito, apenas valerá temporalmente a Convenção para pactos de jurisdição *concluídos depois de 1 de outubro de 2015*, havendo ainda que aguardar pela respetiva entrada em vigor quanto a todos os demais Estados do foro concretamente prorrogado, após futuras adesões (são apontados — não oficialmente — como possíveis candidatos à aprovação num futuro próximo: Singapura (que aliás assinou a Convenção, em 2015), Canadá, Austrália, Nova Zelândia e também Suíça)⁵¹⁷. Bem se

⁵¹⁵ Cfr. o considerando n.º 9 da Decisão do Conselho citada na n. anterior. Refira-se ainda que os Estados Unidos da América são também *signatários* da Convenção, mas não há notícias sobre uma sua próxima *ratificação*. V. MARTA PERTEGÁS / LOUISE ELLEN TEITZ, "Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements", cit., procurando explicar a situação com base em algumas diferenças "políticas", designadamente a circunstância de a matéria do reconhecimento e execução de sentenças ser de competência *estadual*, ao passo que o *treaty power* está apenas na federação, pp. 471-472; confirmando genericamente esta perceção, com mais informação e pormenor, veja-se tb. PETER H. PFUND, "Federalism and U.S. Implementation of PIL Conventions — Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 478 ss..

⁵¹⁶ Cfr. agora o considerando n.º 6 da mesma Decisão: "*Aquando da assinatura da Convenção, a União declarou, nos termos do seu artigo 30.º, que é competente em relação a todas as matérias regidas pela Convenção. Por conseguinte, os Estados-Membros ficam vinculados à Convenção por força da sua aprovação pela União*".

⁵¹⁷ Refere-se a algum destes e ainda a Argentina e Costa Rica, em texto de 2013, PETER ARNT NIELSEN, "Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 410.

vê que terá de decorrer algum tempo ainda até que com alguma probabilidade surjam litígios judiciais sobre a interpretação e aplicação da Convenção da Haia de 2005⁵¹⁸.

No que toca à matéria, é objeto primordial da Convenção o *acordo exclusivo de eleição do foro*, isto é, "um acordo celebrado entre duas ou mais partes no respeito do disposto na alínea c) e que designa, para efeitos da competência para decidir sobre litígios que tenham surgido ou possam surgir de uma determinada relação jurídica, os tribunais de um Estado Contratante ou um ou mais tribunais específicos de um Estado Contratante, excluindo a competência de qualquer outro tribunal" (artigo 3.º, a)). A referência à *exclusão da competência de qualquer outro* faz, como dizíamos, do pacto *exclusivo* o objeto primordial da Convenção, mas há que não esquecer a possibilidade de ela vir a aplicar-se também ao *reconhecimento e execução*⁵¹⁹ dos *acordos não exclusivos de eleição do foro*, se os Estados Contratantes assim o entenderem e declararem, nos termos do artigo 22.º⁵²⁰. Note-se bem, por conseguinte, como é limitado o âmbito material: apesar da primordial importância, conceda-se, no universo dos pactos de jurisdição, daqueles que são *exclusivos*, uma vez que só essa exclusividade traz consigo o mais completo arsenal de garantias que a parte não inadimplente do acordo pode desencadear, concentrando a reação judicial admissível em um só sistema jurisdicional, vê-se que basta a existência de uma alternativa entre dois tribunais, de duas jurisdições distintas, para que caiamos fora do palco reservado à intervenção da Convenção. Assim, naquele artigo 22.º pode encontrar-se uma tímida abertura para que sejam os Estados, *motu proprio*, a professarem fé na confiança que depositam nos sistemas jurisdicionais

⁵¹⁸ Faz-se expresso apelo a uma *interpretação uniforme*, indicando que "deve ser tido em consideração o seu carácter internacional e a necessidade de promover a sua aplicação uniforme": art. 23.º da Convenção.

⁵¹⁹ Já não também a tudo o que na Convenção não diz respeito a estes, como é o caso dos artigos 5.º e 6.º — assim expressamente TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2005, n.º 240.

⁵²⁰ O relatório explica a consideração destes com base na sua também frequente utilização, "especially in international banking": v. TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 240.

dos demais Estados Contratantes, alargando deste modo um pouco o estreito caminho que se logrou unificar⁵²¹.

Ainda quanto à matéria, é de sublinhar que, à semelhança de Bruxelas Ia, se excluem "*insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes*" (artigo 2.º, n.º 2, e)) e "*arbitragem e procedimentos conexos*" (n.º 4 do mesmo preceito). Mas, diferentemente daquele instrumento europeu, exclui-se a "*validade, nulidade ou dissolução de pessoas colectivas e validade das decisões dos seus órgãos*" (artigo 2.º, n.º 2, m))⁵²², matéria esta que em Bruxelas Ia está sujeita a uma regra específica (artigo 24.º, n.º 2). A justificação para que esta importante matéria societária seja excluída ter-se-á devido justamente à percepção de que sobre ela recairiam em muitos sistemas, como o europeu, uma *competência internacional exclusiva*, portanto inderrogável por acordo foral das partes (em Bruxelas Ia, veja-se o artigo 25.º, n.º 4), pelo que seria indesejável o chamamento da matéria para o espectro da Convenção⁵²³.

⁵²¹ A declaração do artigo 22.º, bem como as demais previstas (v. arts. 19.º, 20.º 21.º e 26.º), "*podem ser feitas no acto da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ou em qualquer data posterior e podem ser alteradas ou retiradas a todo o momento*": art. 32.º, n.º 1, da Convenção.

⁵²² O que poderá ter consequências importantes em sede de reconhecimento de sentenças judiciais como p. ex. aquela a que se referia o acórdão do TJUE, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts v. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*, C-144/10 (2011.05.12), uma vez que, nos termos do art. 10.º, n.º 2, da Convenção (v. tb. o seu art. 2.º, n.º 3), "[o] reconhecimento ou a execução de uma sentença podem ser recusados se, e na medida em que, tal sentença tenha tido por base uma decisão sobre uma matéria excluída nos termos do n.º 2 do artigo 2.º" — assim RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya", cit., n.º 12, n. 31.

⁵²³ TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 70, e já PETER NYGH / FAUSTO POCAR, *Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission [Prel. Doc. No. 11]*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000, pp. 66-68, onde aliás se dá conta de que, tendo sido pacífica a regra de competência exclusiva quanto à pessoa coletiva *em si mesma* (a sua validade, etc.), houve já muita hesitação em estender a exclusividade também às deliberações dos seus órgãos; dá-se também conta da dificuldade em estabelecer o elemento de conexão relevante, fazendo eco das divergências no direito comparado (cfr. p. 68). V. tb., em termos semelhantes quanto à Convenção de Lugano de 2007, FAUSTO POCAR, "Report", cit., n.º 97: "Foi argumentado no grupo de trabalho que a conveniência de tal competência era menos evidente quando o litígio dizia respeito às decisões dos órgãos dirigentes da sociedade. Porém, o grupo de trabalho decidiu manter também aqui a competência exclusiva do tribunal da sede da sociedade, fundamentando-se em que esse tribunal é habitualmente o mais bem colocado para decidir da validade de tais decisões. A fim de impedir que esta competência possa ser alargada por via da interpretação, a nova

Os requisitos de *validade formal* do pacto de jurisdição, para efeitos da Convenção, estão definidos no artigo 3.º, c). As diferenças para Bruxelas Ia são sensíveis (basta neste último conferir o n.º 1 do artigo 25.º): naquela alínea, reconhecem-se menos alternativas ao exigir-se que o acordo seja "*celebrado ou documentado: (i) por escrito; ou (ii) por outro meio de comunicação que torne a informação acessível, de modo a poder ser consultada posteriormente*"⁵²⁴.

Se olharmos o texto convencional, verificamos que, além das normas de enquadramento já versadas, ele se ocupa de duas questões essenciais: por um lado, os efeitos da celebração do acordo de eleição do foro, tanto perante os tribunais *prorrogados* como os tribunais *derrogados* (artigos 5.º e 6.º); e por outro lado, os termos do reconhecimento e execução da sentença judicial proferida pelo *forum prorogatum* (artigos 8.º a 15.º); na terminologia já acima usada, é uma *convenção dupla*⁵²⁵.

Convenção, como já vimos, menciona explicitamente a «validade» das decisões, em vez das «decisões» apenas, como fazia a anterior redacção, deixando assim bem claro que a competência exclusiva não se alarga à substância ou efeitos das decisões".

⁵²⁴ O relatório explicativo sublinha, a propósito, que este preceito não preclui a possibilidade de os Estados Contratantes, em aplicação de lei nacional mais favorável, declararem a validade formal de um pacto, ou reconhecerem a sentença que sobre ele versa: TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 13.

⁵²⁵ V. RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya", cit., n.º 5, que sublinha com interesse uma originalidade: ao passo que na Convenção de Bruxelas de 1968 (e outras) a regulação da *competência internacional* surgiria para facilitar o consenso entre Estados acerca do reconhecimento e execução de sentenças, a Convenção da Haia de 2005 coloca no centro o acordo de eleição do foro, e portanto a autonomia da vontade das partes, com o resultado de que a sentença judicial que resulte do acordo é protegida "não apenas como corolário da falta de competência que surge da aplicação da Convenção naqueles Estados que vêm a sua competência excluída como consequência da existência de um acordo de eleição do tribunal; mas também como manifestação da proteção da autonomia da vontade, o que explica que na Convenção se tenha tido em conta o previsto na Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre arbitragem internacional"; isto é, ao contrário de outros casos, a Convenção "integra o reconhecimento e execução de decisões como um elemento de potenciação da eficácia da regulação competencial" (n.º 18).

A propósito da Convenção de Nova Iorque de 1958, é frequente a sua referência como o pretendido *litigation partner* da Convenção da Haia de 2005, o que é uma associação negocialmente inteligente, e legítima, mas de difícil consequimento; v. p. ex. RONALD A. BRAND, "Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE

Não se justificando nesta sede uma análise mais pormenorizada, sempre fazemos notar que a previsão do seu artigo 6.º se reveste de interesse histórico para a análise do artigo 25.º de Bruxelas Ia: claramente se encontrou inspiração naquele para a regra de conflitos que neste se inseriu, em 2012, reconhecendo competência em matéria de validade substancial à lei do *forum prorogatum*. Com efeito, o artigo 6.º, n.º 1, consagrara já em 2005 uma tal solução conflitual; e os esclarecimentos do considerando n.º 20 parecem não ser de todo alheios a tanto quanto se informa no relatório explicativo da Convenção⁵²⁶.

A interação com Bruxelas Ia é tratada no artigo 26.º, n.º 6, da Convenção⁵²⁷. A sua primeira alínea traça os contornos da interação com respeito à *competência internacional*, ao passo que a segunda se refere ao *reconhecimento e execução*. A ideia fundamental é a de que as duas alíneas sejam *give-way rules*, no sentido de que dão prioridade aos instrumentos normativos *regionais* sempre que o caso é *puramente regional*⁵²⁸.

Quanto ao *reconhecimento e execução*, não se levantam dificuldades assinaláveis na interação entre os instrumentos: pensando na União Europeia como organização regional de integração económica, à sentença judicial proferida por um dos seus Estados-membros com base num pacto de jurisdição aplicar-se-ão sempre, para efeitos do seu

INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 89-90.

⁵²⁶ Cfr. TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 125: "The phrase 'law of the State' includes the choice-of-law rules of that State", acrescentando-se em rodapé, n. 158: "If this had not been the intention, the text would have used the phrase 'internal law of the State'". V. tb. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a.

⁵²⁷ O seu teor é o seguinte, na versão portuguesa apresentada no sítio da Conferência da Haia (numa boa tradução mas que não faz fé, como sublinhámos *supra*, n. 493):

"A presente Convenção não afecta a aplicação das regras de uma organização regional de integração económica que seja Parte na mesma, quer tenham sido adoptadas antes ou depois da Convenção:

a) quando nenhuma das partes residir num Estado Contratante que não seja um Estado membro da organização regional de integração económica;

b) no que diz respeito ao reconhecimento ou à execução de sentenças entre Estados membros da organização regional de integração económica".

⁵²⁸ TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 291.

reconhecimento e execução num outro Estado-membro, as regras dessa organização — ou seja, hoje em dia, Bruxelas Ia, dentro do respetivo âmbito de aplicação —, que a Convenção expressamente salvaguarda (artigo 26.º, n.º 6, b)).

No que se refere à competência internacional, a regra é a de que a Convenção não se aplica "*quando nenhuma das partes residir num Estado Contratante que não seja um Estado membro da organização regional de integração económica*" (artigo 26.º, n.º 6, a)). Portanto, o artigo 25.º de Bruxelas Ia prevalecerá quando as partes *residam* em diferentes Estado-membros, ou fora da União Europeia mas em Estados não Contratantes da Convenção da Haia.

Um primeiro esclarecimento do Relatório elaborado por Trevor HARTLEY e Masato DOGAUCHI, que já vimos citando em rodapé, é importante para as sociedades, uma vez que, para estas, poderá haver múltiplas concretizações do conceito de *residência*, dada a pluralidade contida na sua definição convencional⁵²⁹. Com efeito, sempre que haja uma múltipla concretização da *residência*, verificando-se que uma mesma sociedade se encontra a *residir* em simultâneo no território de diversos Estados (por exemplo, constitui-se à luz da legislação do Estado *A*, mas está sediada no território do Estado *B*), então Bruxelas Ia prevalecerá tão-só se "*todas as partes residem apenas em Estados Membros da Organização Regional de Integração Económica ou em Estados não Contratantes*"⁵³⁰.

Diferentemente, a Convenção da Haia será aplicável quando todas as partes *não* sejam *residentes* da União Europeia, e bem assim quando apenas uma das partes aí reside ao passo que a(s) outra(s) são residentes de outros Estados Contratantes. Neste último

⁵²⁹ Veja-se o artigo 4.º, n.º 2: "*Para efeitos da presente Convenção, qualquer entidade ou outra pessoa que não seja uma pessoa singular é considerada residente no Estado:*

a) *onde tem a sede social;*
b) *ao abrigo de cujo direito foi constituída;*
c) *onde tem a administração central; ou*
d) *onde tem o estabelecimento principal.*"

⁵³⁰ TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 293.

caso, repare-se como poderá mesmo ser escolhida a competência exclusiva de um tribunal de um Estado-membro da União Europeia e a validade e eficácia dessa escolha ser regida, não pelo artigo 25.º de Bruxelas Ia — apesar de que este hoje não exige sequer o domicílio de uma das partes no território de um Estado-membro —, mas sim pelos artigos 5.º e 6.º da Convenção da Haia⁵³¹. Um dos exemplos que o Relatório dá é aqui instrutivo: uma sociedade residente na Áustria e outra no México⁵³² celebram um contrato que contém acordo exclusivo de eleição do foro neerlandês de Roterdão; a austríaca demanda a mexicana na Áustria, após o que esta demanda aquela em Roterdão. Nesse caso, o tribunal neerlandês deverá julgar a lide, aceitando competência nos termos do artigo 5.º da Convenção, dado que uma das partes (a sociedade mexicana) é residente num Estado Contratante que não é Estado-membro da União Europeia. Portanto, o artigo 26.º, n.º 6, a), não deve ser interpretado no sentido de que as regras *regionais* ficariam sempre ressalvadas quando os tribunais de um Estado-membro dessa região fossem os escolhidos: havendo residentes noutros Estados *terceiros* por referência à *região*, o caso deixa de ser *puramente regional*. Assim, no caso concreto, o tribunal de Roterdão não poderia, escudando-se ainda em Bruxelas I, invocar a regra de litispendência do artigo 27.º daquele Regulamento de 2000 (que não dava a prioridade hoje reconhecida pelo artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia ao *forum prorogatum*) para recusar o julgamento da lide; tal invocação seria contrária ao artigo 5.º, n.º 2, da Convenção, segundo o qual o tribunal convencional e exclusivamente escolhido "*não pode recusar exercer a sua competência com fundamento em que o litígio deve ser decidido por um tribunal de outro Estado*", pelo que o tribunal de Roterdão teria que julgar e decidir. Por seu turno, "o tribunal

⁵³¹ V. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 10.

⁵³² Usamos o México para que o exemplo tenha adesão à realidade; o Relatório utiliza o Brasil, mas não (pelo menos hoje, ainda) apenas hipotético pressuposto de que esse seria um dos Estados Contratantes.

austriaco estaria obrigado a declarar-se incompetente tanto nos termos do artigo 23.º [de Bruxelas I] como o artigo 6.º da Convenção"⁵³³.

Bem se vê, de todo o modo, que a evolução das regras europeias com Bruxelas Ia, sobretudo no que diz respeito ao papel do pacto de jurisdição *exclusivo* em sede de *litispendência*, tendo-se revertido a jurisprudência *Gasser*, a somar à similitude de várias soluções⁵³⁴, faz com que seja hoje menos significativa que em 2005 a definição das prioridades interinstrumentais⁵³⁵.

Por fim, não deve deixar de sublinhar-se quão diversa pode ser a regulação convencional, ao menos aos dias de hoje, relativamente aos nossos supostos *jurídico-societários*. Recorde-se que a vinculação de todos os acionistas — presentes e futuros, concordantes e discordantes — a uma cláusula atributiva de jurisdição *estatutária* resulta, não tanto de uma leitura literal do Regulamento Bruxelas Ia ou dos seus antecessores, como de um verdadeiro desenvolvimento jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça, que lhe reconhece (como que constitutivamente) aquele efeito, desde que a referida cláusula conste dos estatutos e estes estejam depositados num lugar a que o sócio tenha acesso ou constem de um registo público⁵³⁶. Ora, esta construção pressupõe um certo entendimento — bastante *elástico*, no mínimo — do preenchimento das condições formais de vinculação do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia⁵³⁷; construção essa que é típica do direito

⁵³³ TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 299. Sobre a articulação entre o art. 5.º da Convenção e o art. 27.º de Bruxelas I (de 2001) veja-se com mais pormenor DIANA SANCHO VILLA, "Jurisdiction Over Jurisdiction and Choice of Court Agreements: Views On The Hague Convention of 2005 And Implications For The European Regime", in *Yearbook of Private International Law*, Volume 12 (2010), 2011, pp. 405 ss., e, já com o regime de Bruxelas Ia em mente, PETER ARNT NIELSEN, "Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings", cit., pp. 409 ss..

⁵³⁴ Como sublinha Rafael ARENAS, não basta para que aqui surja um conflito normativo a mera diferença abstrata de regulamentação em um e outro instrumento, mas sim que cada um conduza a soluções contraditórias entre si: RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya", cit., n.º 17.

⁵³⁵ Assim já ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 10.

⁵³⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 29.

⁵³⁷ Assim como, em rigor, uma certa *base comum jurídico-material* com respeito à regulação societária, uma vez que se pressupôs expressamente no acórdão citado "que, nas ordens jurídicas de todos os Estados

jurisdicional da União Europeia e não pode, naturalmente, valer sem mais para o contexto da Convenção da Haia, em que de nada servirá a criatividade interpretativa do tribunal do Luxemburgo⁵³⁸.

1.6.3. Depois da Convenção da Haia de 2005? O novo fôlego do «Judgments Project» (breve notícia)

O compreensível desconforto com todo o trabalho realizado na Haia tendo em mente uma materialmente ampla convenção sobre jurisdição, que em muito ultrapassou o que veio a ser possível negociar e concluir, isto é, a Convenção de 2005, conduziu a que mais recentemente, em 2011, fosse tomada a iniciativa de constituir-se um grupo de peritos encarregados do estudo das possibilidades de serem prosseguidos os trabalhos neste domínio⁵³⁹. Estabelecido um *working group*, e à sua quarta reunião, este apresentou já, em fevereiro de 2015, um texto preliminar para discussão⁵⁴⁰, prevendo atualmente a sua submissão final a apreciação pelo *Council on General Affairs and Policy* da Conferência da Haia em 2016. Trata-se de um texto enxuto, com vários pontos de contacto com a Convenção da Haia de 2005, centrado no estabelecimento da obrigação

contratantes [da Convenção de Bruxelas de 1968], os estatutos das sociedades revestem a forma escrita"; e que além disso", no direito das sociedades do conjunto desses Estados, admite-se que os estatutos desempenham um papel especial na medida em que constituem um instrumento de base que disciplina as relações entre o accionista e a sociedade" (TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 26). A situação poderá ser diversa em qualquer dos Estados Contratantes da Convenção da Haia de 2005, atuais (o México) ou futuros, circunstância que não é despicienda para esta interpretação.

⁵³⁸ Sendo ainda invocável, por quem entenda ser aquela construção inidónea a valer no contexto da Convenção, o argumento de que essa construção jurídico-europeia *relaxa* as exigências formais de um modo incompatível com o *signal* dado pela Convenção da Haia de 2005, ao consagrar *menos alternativas formais* no seu artigo 3.º, c), que o seu equivalente europeu, o artigo 25.º de Bruxelas Ia.

⁵³⁹ RONALD A. BRAND, "Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project", cit., p. 89.

⁵⁴⁰ V. COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY, *Report on the Fourth Meeting of the Working Group on the Judgments Project (3-6 February 2015) and Preliminary Draft Text resulting from the Meeting [Prel. Doc. No. 7B]*, Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2015, pp. 3 ss..

para os Estados contratantes de reconhecimento e execução sem revisão de mérito (artigo 4.º, n.º 2), apenas recusável nos termos definidos pelo artigo 5.º⁵⁴¹.

Verificamos, por conseguinte, que, em reflexo nítido de saudável e realista prudência negocial, os trabalhos não se propõem atingir mais do que uma *convenção simples*, dedicada ao reconhecimento e execução de sentenças proferidas pelos Estados eventualmente contratantes. Abandonam-se, pois, as iniciais pretensões *duplas* ou *mistas*, em que a competência internacional faria também parte do texto convencional. Não deixa de reconhecer-se aqui um aceno ao lado de lá do Atlântico Norte: é bem sabido que a grande dificuldade, neste domínio, para os Estados Unidos da América é tradicionalmente a dificuldade em *exportar* as suas sentenças, que colidem por vezes, no resto do mundo, contra (entre outros) regras de competência internacional indireta ou exceções de ordem pública internacional, sobretudo em sentenças condenatórias relativas (também) a *danos punitivos*⁵⁴², ao passo que é relativamente *liberal* a prática dos tribunais estadunidenses na *importação*, isto é, no reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras⁵⁴³. A limitação dos trabalhos a este último domínio dos conflitos de jurisdições aumentará, em teoria⁵⁴⁴, as perspetivas de aceitação por parte das autoridades estadunidenses, embora

⁵⁴¹ Que contém (tal como outros artigos) ainda vários pontos entre parêntesis, carecedores de "further consideration". Com o enfoque já sobre este projeto, numa defesa do reconhecimento de um papel a uma (bem delimitada) doutrina de *forum non conveniens*, tanto em sede de competência direta (em eventuais desenvolvimentos futuros) como de reconhecimento e execução, DAGMAR COESTER-WALTJEN, "Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zum internationalen Zuständigkeit", in *RabelsZ*, 79, 2015, pp. 471 ss..

⁵⁴² Sobre estes, para breve caracterização, v. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 133 ss., 454 ss.; v. tb. NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, "Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil", in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977 — Volume II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil (...) — Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 675. Neste ponto, não se propõem novidades: veja-se o art. 8.º do *Preliminary Draft Text*, que transcreve *ipsis verbis* o art. 11.º da Convenção da Haia de 2005.

⁵⁴³ V. já *supra*, pp. 216 ss., e tb. a breve referência (que usa esta linguagem da *exportação / importação*) de MARTA PERTEGÁS / LOUISE ELLEN TEITZ, "Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements", cit., pp. 472-473.

⁵⁴⁴ A verdade, porém, é que, aos dias de hoje, as últimas indicações desde os Estados Unidos são pouco animadoras: v. HAIMO SCHACK, "Wiedergänger der Haager Konferenz für IPR: Neue Perspektiven", cit., p. 825.

seja legítimo questionar, se limitarmos momentaneamente a discussão aos dois pólos inicialmente mais dinamizadores do projeto, EUA e Europa, se esta terá verdadeiramente algo a ganhar com a assinatura de uma tal *convenção simples*.

2. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia (cont.): os limites «externos» da vinculação ao pacto de jurisdição (ou a sua «admissibilidade»)

Após referência aos primeiros pressupostos gerais de aplicabilidade do artigo 25.º, acompanhada de breve excuroso pelos projetos da Haia, entremos agora na análise, ainda em sede geral (e não especificamente jurídico-societária), das principais condições que se impõem para a possível vinculação das partes ao pacto de jurisdição, delineando-se assim, diríamos, os seus *limites externos*, ou, por outras palavras, as condições que é indispensável reunir para a sua *admissibilidade* à luz de Bruxelas Ia⁵⁴⁵.

2.1. Suficiente determinação da relação jurídica e do tribunal escolhido (Art. 25.º, n.º 1)

O preceito de direito europeu em análise exige que a convenção jurisdicional das partes diga respeito a *quaisquer litígios que tenham surgido ou possam surgir de uma determinada relação jurídica* (artigo 25.º, n.º 1).

Esta *Bestimmtheit* ou, chamemos-lhe⁵⁴⁶, *suficiente determinação da relação jurídica* objeto da prorrogação serve inegavelmente interesses de certeza e segurança jurídica: não seria aceitável, mesmo no domínio dos negócios comerciais, que o

⁵⁴⁵ Ainda para os motivos desta subdivisão, que propositadamente não adensamos agora, v. *infra*, neste capítulo, p. 253.

⁵⁴⁶ Sem qualquer originalidade: cfr. p. ex. TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 4.

consentimento prestado por ocasião da celebração de um dado contrato, mesmo que ele tivesse explicitamente a pretensão de *pré-determinar* todas as futuras relações jurídicas entre aquelas partes — mesmo, portanto, que não houvesse *surpresa* para uma das partes envolvidas — se estendesse para todos os demais negócios que viessem a ser concluídos, o que poderia consubstanciar um inelutável favorecimento da parte negocialmente mais forte, capaz de impor uma tal cláusula geral⁵⁴⁷. Nas palavras do próprio Tribunal de Justiça sobre esta exigência, ela "*tem por objectivo evitar que uma parte seja surpreendida pela atribuição, a um foro determinado, dos litígios que surjam nas relações havidas com a outra parte contratante e que encontrariam a sua origem noutras relações para além das surgidas na altura em que a atribuição de jurisdição foi acordada*"⁵⁴⁸. Trata-se de uma pronúncia do tribunal do Luxemburgo justamente no nosso conhecido caso *Powell Duffryn*, em que, com interesse para o nosso estudo, se avançou ainda no sentido de que "*a condição relativa ao carácter suficientemente determinado da relação jurídica de que podem emergir os diferendos, na acepção do artigo 17.º [da Convenção de Bruxelas de 1968] considera-se preenchida se a cláusula atributiva de jurisdição constante dos estatutos de uma sociedade puder ser interpretada no sentido de*

⁵⁴⁷ Cfr. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 65; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 148; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 69; e já tb. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., pp. 39, 123. Associando já a proteção contratual da parte à necessidade de que "apenas possa ser fundada ou excluída a competência de um determinado tribunal", GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, cit., p. 220. Na jurisprudência alemã recente, veja-se OLG Bamberg, 3 U 198/12, IPrax 2015 Heft 2 154-158 (2013.04.24), *maxime* n.º 44 (p. 156), negando a extensão (*Ausdehnung*) de uma cláusula atributiva de jurisdição contida em contrato de compra e venda outrossim ao litígio sobre a existência e validade de um contrato-quadro (*Rahmenvertrag*) entre as mesmas partes, no caso um contrato de concessão comercial (*Vertragshändlervertrag*); sobre o acórdão, concordantemente, HANNES WAIS, "Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses im Sinne von Art. 23 Abs. 1 EuGVVO a.F. sowie internationale Zuständigkeit bei Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot (zu OLG Bamberg, 24.4.2013 — 3 U 198/12)", in *IPrax*, Heft 2, 2015, p. 127.

⁵⁴⁸ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 31. Veja-se tb. TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 13, p. I-1767: "o requisito da natureza suficientemente determinada da relação jurídica de que podem surgir os litígios [resulta de uma disposição que] tem por objectivo evitar que a parte que se encontra numa situação de maior poder económico imponha à contraparte um determinado foro geral".

que a mesma se refere aos diferendos que opõem a sociedade aos seus accionistas enquanto tais"^{549/550}.

Além da *relação jurídica*, merece breve nota a exigência de que o *tribunal escolhido* seja também *suficientemente determinado*, ou ao menos *determinável*⁵⁵¹. O Tribunal de Justiça debruçou-se sobre este critério em *Coreck Maritime*⁵⁵², que se mantém essencialmente como a jurisprudência a ter em conta⁵⁵³: perante uma cláusula concretamente inserida num conhecimento de carga, determinou-se que as regras então convencionais, hoje regulamentares, não exigem que a cláusula "seja formulada de tal forma que seja possível identificar o órgão jurisdicional competente apenas através do seu teor. Basta que a cláusula identifique os elementos objectivos sobre os quais as partes se

⁵⁴⁹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 34. Em particular para a *Bestimmtheit* no contexto jurídico-societário, v. ainda *infra*, texto correspondente à n. 782 e seguinte. Também importante asserção do TJUE neste aresto foi a de reconhecer que é tarefa que caberá *ao tribunal nacional* a de *interpretar* a cláusula atributiva de jurisdição para o efeito de determinar que litígios estão cobertos pelo seu (suficientemente determinado) âmbito: cfr. TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 36 e 37; nesse sentido tb., v.g., TJUE, *Benincasa*, 1997.07.03, cit., n.º 31; TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al.*, C-352/13 (2015.05.21), n.º 67.

⁵⁵⁰ ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.08, tem uma leitura especial deste requisito, mas que nos parece de rejeitar: o seu ancoramento na referência literal a uma “determinada relação jurídica” para sibilamente fazer emergir a possível relevância de algo mais do que, ou diferente de, um *acordo* ou *contrato* parece tresler o artigo 25.º, ou pelo menos pretender retirar de uma sua leitura isolada algo que, manifestamente, a nosso aviso, dele não pode resultar. É que o que esse passo textual pretende impor, como vem sendo escrito, sem variações de monta nesse particular, é a aludida *suficiente determinação da relação jurídica*, de tal modo que não possa derivar-se de uma cláusula demasiado genérica e indeterminada a surpreendente vinculação das partes à litigância junto de um tribunal supostamente escolhido (TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 31; v. por todos ULRICH MAGNUS, “Art 25”, cit., n.º 66). Trata-se, pois, de densificar os requisitos mínimos de *admissibilidade* do pacto de jurisdição, para que ele se tome por válido e eficaz, e não de, o que nos pareceria incompreensível, ancorar a aferição do *acordo* — em rigor, da *convenção* a que se refere o n.º 1 do artigo 25.º — na expressão *relação jurídica* que, por mais ampla que *contrato*, viria legitimar como *cláusula atributiva de jurisdição* aquela que, não resultando de contrato, resulte de uma qualquer outra forma de “entendimento comum”.

⁵⁵¹ JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 71; e em geral GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 144, 146 ss..

⁵⁵² TJUE, *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV et al.*, C-387/98 (2000.11.09).

⁵⁵³ V. tb. TJUE, *Nikolaus Meeth v. Glacetal, SRL*, 23/78 (1978.11.09), n.ºs 4-6, em que se aceitou a conformidade de uma cláusula atributiva de jurisdição, digamos, *recíproca*, no sentido em que cada uma das partes poderia demandar tão-só no Estado do domicílio da outra, e não já no seu próprio (n.º 6); cfr. a propósito MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., p. 120.

puseram de acordo para escolher o tribunal ou os tribunais aos quais pretendem submeter os seus litígios surgidos ou que venham a surgir"⁵⁵⁴. É, por isso, considerada bastante a designação do tribunal do "país do local do estabelecimento principal do transportador"⁵⁵⁵; já não cumpriria tais requisitos, por exemplo, uma genérica cláusula contendo algo como "jurisdição: tribunais europeus", por manifestamente insuficiente determinação⁵⁵⁶. Mas a cláusula atributiva de jurisdição não perde eficácia se não fizer mais do que isso mesmo, atribuir *jurisdição*, sem entrar no pormenor da designação do tribunal territorialmente competente dentro da ordem jurisdicional do Estado cujos tribunais são no seu conjunto escolhidos⁵⁵⁷.

2.2. Regras jurisdicionais protetoras e competências internacionais exclusivas (art. 25.º, n.º 4); remissão (art. 24.º, n.º 2)

Prevê o n.º 4 do artigo 25.º que as cláusulas atributivas de jurisdição "*não produzem efeitos se forem contrários ao disposto nos artigos 15.º, 19.º ou 23.º, ou se os tribunais cuja competência pretendam afastar tiverem competência exclusiva por força do artigo 24.º*".

⁵⁵⁴ TJUE, *Coreck Maritime*, 2000.11.09, cit., dispositivo, n.º 1, que continua e termina: "Estes elementos, que devem ser suficientemente precisos para permitir ao tribunal chamado a decidir determinar a sua competência, podem ser concretizados, eventualmente, através das circunstâncias próprias à situação do caso concreto". V.

⁵⁵⁵ Justamente o caso em *Coreck Maritime*, onde a cláusula tinha o seguinte teor: "Qualquer litígio surgido a respeito do presente conhecimento de carga será decidido no país do local do estabelecimento principal do transportador e o direito deste país será aplicado, sem prejuízo das disposições do presente conhecimento de carga." — cfr. TJUE, *Coreck Maritime*, 2000.11.09, cit., n.º 5.

⁵⁵⁶ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 71. V. tb. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 132; PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn 67; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 71. V. já tb., com interesse, sobre os conceitos de *relação jurídica determinada e tribunal determinável*, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 144 ss..

⁵⁵⁷ V. JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 75; PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 68.

A primeira salvaguarda refere-se às chamadas *regras jurisdicionais protetoras*. É sabido que Bruxelas Ia, à semelhança dos seus antecessores, consagra preceitos especiais em matéria de *seguros* (artigos 10.º a 16.º), de *contratos de consumo* (17.º a 19.º) e de *contratos individuais de trabalho* (20.º a 23.º), motivadas pela *defesa da parte estruturalmente mais fraca* nas relações jurídicas a que dizem respeito, isto é, tomador do seguro, segurado, beneficiário do seguro e lesado; consumidor; e trabalhador, respetivamente⁵⁵⁸. Pois bem: os citados artigos 15.º, 19.º e 23.º estabelecem, para cada uma destas matérias, *limitações* à celebração de pactos de jurisdição, com o manifesto intuito de não permitir que por essa via convencional aquela parte fique *desarmada* no plano jurisdicional⁵⁵⁹: é por isso que só são válidos os pactos posteriores ao surgimento do litígio, ou que permitam àquela parte o recurso opcional a outros *fora* — em suma: que, de uma maneira ou de outra, estabeleçam regras ou opções, em todos os casos, mais favoráveis àquelas partes estruturalmente mais fracas do que as competências internacionais objetivamente fixadas⁵⁶⁰.

A segunda salvaguarda é relativa às *competências internacionais exclusivas* fixadas em cada um dos cinco números do artigo 24.º, que tão-pouco serão afastáveis por cláusula atributiva de jurisdição noutra sentido. A razão de ser está agora, com efeito, na *imperatividade* destas competências no seio do Regulamento⁵⁶¹, fundada na importância

⁵⁵⁸ V. FAUSTO POCAR, "La protection de la partie faible en droit international privé", in *Recueil des Cours*, t. 188 (1984), 1986, pp. 339 ss. (centrado, é certo, nos *conflitos de leis*; mas cfr. p. 397, fazendo eco de que "para os contratos caracterizados pela necessidade de proteção de uma parte, as regras estaduais e convencionais adoptam, em matéria de competência internacional, conexões tendentes a proteger a parte fraca no contrato, diferentes dos critérios reservados para a generalidade dos contratos"); MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., p. 39; DÁRIO MOURA VICENTE, "Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", cit., p. 308.

⁵⁵⁹ Vejam-se os inequívocos termos do considerando n.º 18: "*No respeitante aos contratos de seguro, de consumo e de trabalho, é conveniente proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral*".

⁵⁶⁰ V. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 149 e sobretudo n.ºs 263 ss..

⁵⁶¹ Dizemos "no seio do Regulamento" de caso pensado, uma vez que, fora do sistema de Bruxelas Ia, designadamente em sede de *arbitragem*, é frequentemente aceite a validade do pacto arbitral em que as

das matérias para cada Estado-membro envolvido — que, quando o elemento de conexão se concretize no seu espaço soberano, terá interesse em que sejam os seus tribunais a decidir⁵⁶²: as diversas exigências que essa imperatividade visa servir estariam postas em causa se fosse admitida a possibilidade de as partes convencionalmente a contornarem.

Se a concretização do elemento de conexão que estabelece a competência exclusiva o situa num Estado-membro, é evidente a impossibilidade de celebrar pacto de jurisdição. Por exemplo, o litígio que diz respeito a matéria de direitos reais sobre imóvel situado em Espanha não pode ser validamente objeto de cláusula que atribua jurisdição (exclusiva ou não) aos tribunais portugueses (artigo 24.º, n.º 1). Mas se aí não há quaisquer dúvidas sobre a aplicabilidade da regra, elas poderiam surgir quando, retomando parcialmente o exemplo, o imóvel se situe em São Paulo: com efeito, foi bastante discutido o reconhecimento de um *efeito reflexo* destes preceitos, que se espelharia⁵⁶³ sobre os casos em que a concretização do elemento de conexão se desse em território de Estado não membro da União⁵⁶⁴. Apesar de indicações contrárias em vários relatórios⁵⁶⁵, há opiniões favoráveis a uma tal interpretação⁵⁶⁶. O silêncio do Regulamento

partes se comprometam em árbitros para a resolução de litígios a que se refere o artigo 24.º, mormente os litígios societários a que diz respeito o seu n.º 2; v. ainda *infra*, n. 1314.

⁵⁶² MATTHIAS LEHMANN, "8. Exclusive Jurisdiction", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.ºs 8.10-8.11, com várias críticas justificadas.

⁵⁶³ Além de *effet réflexe*, também a expressão *effet miroir* surge nas discussões, desde logo nos trabalhos do GEDIP: veja-se, por exemplo, o *compte rendu* da sessão de Coimbra (2006), publicado em RUI MANUEL MOURA RAMOS, "XVI.ª Sessão do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado", in *BFD*, vol. LXXXII, 2006, p. 907.

⁵⁶⁴ Assim HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.ºs 150, 100.

⁵⁶⁵ PAUL JENARD / G. MÖLLER, "Report", cit., n.º 54; MARTINHO DE ALMEIDA CRUZ / MANUEL DESANTES REAL / PAUL JENARD, "Relatório", cit., n.º 25, *d*); FAUSTO POCAR, "Report", cit., n.º 93, em que, a propósito da competência exclusiva relativa a direitos reais sobre imóveis, se escreve: No seguimento das observações do Tribunal de Justiça no seu Parecer 1/03, a melhor maneira de reconsiderar a questão de saber se o artigo 22.º, n.º 1, tem um efeito reflexivo, bem como as implicações de tal efeito, seria unificar na Comunidade Europeia as disposições nacionais sobre competência em casos relativos a imóveis em que o requerido está domiciliado num Estado não comunitário". O aludido documento do Tribunal de Justiça é o conhecido *Parecer de Lugano*: TJUE, «*Competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e*

de 2012 não é de inteira eloquência, tanto mais que algumas dessas opiniões se mantêm no pós-2012, como é o caso de GAUDEMET-TALLON, com a expressa ressalva de que a pronúncia pelo tribunal de um Estado-membro da sua incompetência não pode causar um risco de denegação de justiça⁵⁶⁷. Fica também a referência à novidade dos mecanismos de coordenação com ações pendentes em tribunais de Estados terceiros, presentes nos artigos 33.º e 34.º de Bruxelas Ia, que visam introduzir uma até aqui inexistente flexibilidade neste aspecto da análise jurisdicional. Pois bem: na avaliação que o tribunal do Estado-membro fará sobre a conveniência de uma suspensão da sua instância em favor do imperturbado prosseguimento da lide em Estado terceiro, sugerem os considerandos (n.º 24) que "[e]ssa avaliação poderá ainda incluir a ponderação da questão de saber se o

comercial», Parecer 1/03 (Tribunal Pleno) (2006.02.07) (também importante neste contexto, frequentemente usado como exemplo de autoridade jurisprudencial em que é solenemente afirmada a imperatividade da regra geral do foro do domicílio do réu, e portanto em argumento contrário ao efeito reflexo, TJUE, *Owusu v. Jackson*, 2005.03.01, cit., *maxime* n.º 37: "Importa observar, antes de mais, que o artigo 2.º da Convenção de Bruxelas tem natureza imperativa e que, como resulta dos seus próprios termos, só em casos expressamente previstos na referida convenção é possível derogar a regra de princípio que enuncia"). STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis", in EMMANUEL GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruxelles, 2014, parece tender para a negação do efeito reflexo, perante o direito dado e a jurisprudência do TJUE (cfr. pp. 113, 117). MATTHIAS LEHMANN, "8. Exclusive Jurisdiction", cit., n.º 8.04, vê na adenda pelo legislador europeu de 2012, no início do proémio do artigo 24.º, do que sublinhamos por referência ao texto de 2001 ("Têm competência exclusiva os seguintes tribunais de um Estado-Membro (...)", um argumento para que a restrição ao efeito reflexo fique "perfeitamente clara". Mas a verdade é que, agora como já no artigo 22.º de Bruxelas I, todas as bases de jurisdição exclusiva das diversas alíneas se referiam sempre a tribunais do Estado-membro (...), como aponta JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 7.

⁵⁶⁶ Vejam-se, com mais referências, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 100; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Art 22", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012, n.º 10; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 7; ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.103; cfr. ainda MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Der Anwendungsbereich von Art. 2 Nr. 1 S. 2 EuGVVO", in *IPrax*, 2003, p. 322; ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, "Brussels I on the Verge of Reform — A Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation", in *ZVglRWiss*, 109., 2010, pp. 5 ss.. Para uma primeira colocação do problema, cfr. GEORGES A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, Paris, 1972, n.ºs 164 ss. (pp. 108 ss.), quanto às competências internacionais exclusivas do artigo 16.º da Convenção de Bruxelas de 1968, e n.º 204 (pp. 127-128), quanto à *prorogatio* do artigo 17.º.

⁵⁶⁷ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 100.

tribunal do país terceiro tem competência exclusiva no caso concreto nas mesmas circunstâncias em que o tribunal de um Estado-Membro teria competência exclusiva".

Sabemos já que o n.º 2 do artigo 24.º é de particular interesse para o domínio jussocietário, uma vez que reserva aos tribunais da *sede* da pessoa coletiva a competência internacional exclusiva "*em matéria de validade da constituição, de nulidade ou de dissolução de sociedades (...) ou de validade das decisões dos seus órgãos*"⁵⁶⁸.

O motivo por que remetemos para o capítulo seguinte uma alusão mais detida ao artigo 24.º, n.º 2, é o de que ele manifestamente se entrecruza com a especial análise do pacto de jurisdição *societário* (que principalmente nos anima) numa das constelações factuais típicas: a de, no contexto de uma sociedade já existente, ser tomada uma deliberação social de alteração dos estatutos para inserção nos mesmos de cláusula atributiva de jurisdição. Este entrecruzamento suscita questões de relevo, designadamente na presença de pedidos complexos que envolvam a anulação ou declaração de nulidade da deliberação social, a par da impugnação da validade ou eficácia do (ou da alegação de não vinculação ao) pacto de jurisdição propriamente dito, razão por que importará mais tarde conhecer os contornos do preceito do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia⁵⁶⁹.

Refira-se por fim que, relacionada ainda com as condições gerais de aplicabilidade do artigo 25.º, está a jurisdição baseada em mera *comparência*, ou *submissão tácita*⁵⁷⁰. Atentemos no comportamento de uma parte demandada que, não tendo embora celebrado

⁵⁶⁸ Como exemplo de litígio numa destas matérias, indica J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 281, a "*acção de anulação de deliberação de uma assembleia-geral de uma sociedade comercial por quotas*".

⁵⁶⁹ V. *infra*, pp. 486 ss..

⁵⁷⁰ Este assunto (*submissão tácita*), a que agora brevemente nos referimos em texto, bem como a (nova) relação dos pactos de jurisdição com as regras sobre *litispendência* (v. já brevemente *supra*, texto correspondente à n. 354) são agrupados por MAGNUS, em conjunto com o que neste ponto anteriormente tratámos (*regras jurisdicionais protetoras e competências internacionais exclusivas*), para efeitos da análise da "relação [do art. 25.º] com outros preceitos do Regulamento" (cfr. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 15-16).

um pacto de jurisdição, *compareça* em juízo sem contestar a competência internacional do tribunal a que é convocada para litigar: sabemos já⁵⁷¹ que esse comportamento terá o valor de uma *submissão tácita*, de tal modo que um prévio pacto de jurisdição, mesmo que plenamente válido, será prejudicado. Salvaguardam-se, todavia, no artigo 26.º (n.º 1) como no artigo 25.º (n.º 4), as competências internacionais exclusivas do artigo 24.º, em que uma tal comparência de nada deverá⁵⁷² valer: nesse caso, o juiz irregularmente demandado está obrigado a, *oficiosamente*, declarar-se incompetente (artigo 27.º). Salvaguardam-se também, ainda que de modo diverso, as regras jurisdicionais protetoras que identificámos: segundo o n.º 2 do artigo 26.º, o tribunal "*deve assegurar*" que aquela *parte mais fraca seja informada "do seu direito de contestar a competência do tribunal e das consequências de comparecer ou não em juízo"*. O preceito, uma novidade de Bruxelas Ia, responde a uma dificuldade que foi colocada na jurisprudência⁵⁷³, mas não deixa de gerar algumas incertezas interpretativas quando pensamos na hipótese do seu não cumprimento pelo tribunal: quais as suas consequências? O espírito de proteção da

⁵⁷¹ V. *supra*, breve referência no texto correspondente à n. 331.

⁵⁷² Mesmo que, incorretamente, o juiz assim demandado profira sentença, o seu reconhecimento em qualquer outro Estado-membro é *recusado, a pedido de qualquer interessado*, nos termos expressos do artigo 45.º, n.º 1, e), de Bruxelas Ia.

⁵⁷³ V. TJUE, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas*, C-111/09 (2010.05.20), em que se julgou que, mesmo em matéria de seguros, e portanto no quadro de regras que protegem a parte mais fraca, a comparência em juízo dessa parte sem dedução de uma exceção de incompetência conduz a uma eficaz submissão tácita a esse foro, cuja competência internacional assim se estende. Os n.ºs 31 e 32 são elucidativos da dificuldades que o novo art. 26.º, n.º 2, vem suprir: "(31) Os Governos checo e eslovaco sublinharam, nas suas observações, que, para se qualificar a comparência do demandado no processo de extensão da competência num litígio como o que está em causa no processo principal, o demandado, parte mais fraca, deveria estar em condições de ter pleno conhecimento dos efeitos da sua contestação do mérito da acção. O tribunal onde foi intentada a acção deveria assim verificar oficiosamente, no interesse da protecção da parte mais fraca, se a manifestação de vontade desta é efectivamente consciente e visa servir de base à sua própria competência. (32) Cabe referir que tal obrigação só poderá ser imposta através da introdução, no Regulamento n.º 44/2001, de uma regra expressa para esse efeito. Todavia, é sempre possível ao tribunal em que foi intentada a acção assegurar-se, atendendo ao objectivo das regras de competência resultantes das secções 3 a 5 do capítulo II deste regulamento de oferecer uma protecção reforçada à parte considerada mais fraca, de que o demandado perante si nessas circunstâncias tem pleno conhecimento das consequências da sua aceitação em comparecer no processo".

parte mais fraca⁵⁷⁴, animador desta alteração legislativa "a pedido" do Tribunal de Justiça, conduz a que se venha entendendo que, no caso de o tribunal incumprir o seu dever de (garantir que foi prestada) informação, o "tomador do seguro, o segurado, o beneficiário do contrato de seguro, o lesado, um consumidor ou um trabalhador" poderá, a qualquer momento do processo, e portanto mesmo que tenha já apresentado a sua defesa quanto ao mérito⁵⁷⁵, invocar esta regra e assim obviar à continuação da lide nesse tribunal; a contraparte terá então que demandar de novo nos termos das regras das Secções 3, 4 ou 5, respetivamente. Por fim, ponto não inteiramente esclarecido é o de saber se, na ausência da informação à parte mais fraca, exigida pelo artigo 26.º, n.º 2, uma sentença proferida pelo tribunal de Estado-membro poderá ver o seu reconhecimento recusado com base na violação das regras de competência. É verdade que, nos termos do artigo 45.º, n.º 1, e), apenas é dado relevo em sede de recusa de reconhecimento, a par das competências internacionais exclusivas (ii), a "i) o disposto no Capítulo II, Secções 3, 4 ou 5, caso o requerido seja" uma parte mais fraca; e, na realidade, a base da jurisdição na hipótese em análise é a comparência, nos termos do artigo 26.º (não contemplado pelo artigo 45.º), e não as regras daquelas Secções⁵⁷⁶. Não é, todavia, desprovido de sentido contra-alegar que, no âmbito material de proteção da parte mais fraca, só se deveria dar efeitos jurisdicionais à comparência, equivalentes a um pacto de jurisdição, se houver garantia de

⁵⁷⁴ MOURA RAMOS nota como o regime da prorrogação tácita de competência, com o novo n.º 2, "se revela mais sensível à necessidade de proteger a parte mais fraca": RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I*", cit., p. 1283; assim tb., no quadro de uma análise pormenorizada do preceito, CARL FRIEDRICH NORDMEIER / JULIA SCHICHMANN, "Die Sicherung der Belehrung vor rügeloser Einlassung gemäß Art. 26 Abs. 2 EuGVVO n. F.", in *GPR*, N.º 4, 2015, p. 199.

⁵⁷⁵ Assim ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", in *Rev. crit. DIP*, 102 (1), 2013, p. 60; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 26", cit., n.º 9.111; tb. CARL FRIEDRICH NORDMEIER / JULIA SCHICHMANN, "Die Sicherung der Belehrung vor rügeloser Einlassung", cit., p. 204, no sentido em que a faculdade de não ficar submetido à jurisdição baseada na comparência se mantém até ao perfeito cumprimento pelo tribunal do seu dever de informar. Sem tomar posição, v. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 165.

⁵⁷⁶ Neste sentido, ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", cit., p. 60; tb. MIRIAM POHL, "Die Neufassung der EuGVVO — im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", in *IPrax*, Heft 2, 2013, p. 112, n. 29.

que essa parte está plenamente ciente das consequências processuais do seu comportamento⁵⁷⁷, ao que se poderia acrescentar a constatação de que, não obstante o artigo 26.º, n.º 2, não esteja tecnicamente inserido nas Secções 3, 4 ou 5 do Capítulo II, ele visa em exclusivo as regras de jurisdição nelas estabelecidas ("*Nas matérias abrangidas pelas secções 3, 4 e 5 (...)*"), pelo que, atenta a sua teleologia, não deveria deixar de considerar-se abrangido pela remissão intra-sistemática do artigo 45.º, n.º 1, e)⁵⁷⁸.

2.3. Controlo do exercício abusivo?

2.3.1. Os dados essenciais do problema

Uma questão de crescente relevo e atualidade — que havemos de tratar, mais detidamente, em contexto societário, no próximo capítulo deste trabalho — é a de indagar-se a admissibilidade de algum tipo de *controlo do conteúdo, ou do exercício*, do pacto de jurisdição. O tema é antigo e espinhoso; as evoluções legislativas de Bruxelas Ia, combinadas com as especificidades jurídico-societárias que particularmente nos desafiam, poderão iluminar-nos na procura de uma justa solução.

Para já, deixe-se apenas assinalado, como ponto de partida, que, por um lado, a mais tradicional resposta para a questão assim formulada é *negativa*: não estaria em harmonia com a *completude* desta regulação europeia do pacto, no atual artigo 25.º, que se procedesse a um *Missbrauchskontrolle* através de parâmetros de direito nacional, que aquele parece afastar plenamente. Mas trata-se de um afastamento *em geral*, insista-se, e não exatamente no que toca às sociedades, uma vez que há de atentar-se na remissão

⁵⁷⁷ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 26", cit., n.º 9.111.

⁵⁷⁸ Assim tb. CARL FRIEDRICH NORDMEIER / JULIA SCHICHMANN, "Die Sicherung der Belehrung vor rügeloser Einlassung", cit., p. 204, com mais indicações concordantes.

expressa, na jurisprudência, para certos desses parâmetros de direito nacional: os que regem a *inserção nos estatutos* e a *conformidade — com "as disposições do direito nacional aplicável e com os próprios estatutos"*⁵⁷⁹ — da adoção da cláusula jurisdicional estatutária.

Pois bem: por outro lado, e para lá do que resulte do possível esclarecimento do sentido e alcance dessa remissão, vai-se construindo alguma escola em torno da ideia de que, com uma ou outra fundamentação, não há que obviar a que o Tribunal de Justiça possa (e deva) estabelecer, ele próprio, os critérios de um *controlo antiabuso jurídico-europeu*. Estalão por que se possa medir esse controlo seriam *primordialmente*, é bem de ver, as próprias prescrições de direito da União Europeia, num contexto em que o crescente apelo ao reconhecimento de um princípio de proibição do (ou tutela contra o) abuso de direito no direito da União Europeia serviria de alimento a uma tal asserção⁵⁸⁰.

2.3.2. Controlo de cláusulas contratuais gerais abusivas?

A decisão do Tribunal de Justiça em *Océano Grupo Editorial* estabeleceu um quadro próprio para a relação entre consumidor e profissional, considerando *abusiva*, à luz da Diretiva 93/13/CEE, uma cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais do lugar da sede do profissional, em virtude de sobre o consumidor fazer pesar "*a obrigação de se submeter à competência exclusiva de um tribunal que pode estar afastado do foro do seu domicílio, o que pode dificultar a sua comparência em juízo*", o que, em "*litígios relativos a valores reduzidos*", é de monta a dissuadi-lo de comparecer, levando-o em

⁵⁷⁹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 21.

⁵⁸⁰ Cfr. *infra*, pp. 462 ss.. V. já sobre o tema (*abus de position de force*), em geral e no direito suíço anterior à atual lei federal de direito internacional privado, e testando a utilização de alguns institutos de direito civil suíço — designadamente o abuso de direito — no contexto da prorrogação, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 185 ss..

último termo a "*renunciar a qualquer acção judicial ou a qualquer defesa*"⁵⁸¹. Mais tarde, quando confrontado com cláusulas contratuais gerais de outro teor, o Tribunal volta a *Océano Grupo Editorial* para dizer que aí havia sido "*possível verificar o carácter abusivo desta cláusula sem ter de examinar todas as circunstâncias próprias da celebração do contrato nem apreciar os benefícios e inconvenientes ligados a esta cláusula no direito nacional aplicável ao contrato*" porque ela era "*em benefício exclusivo do profissional e sem contrapartida para o consumidor*"⁵⁸².

A transponibilidade deste arrazoado para outros casos suscita muitas reservas, não apenas porque ao aceitá-la estar-se-ia a admitir um *controlo do exercício abusivo* que, como vimos, é controverso⁵⁸³, mas sobretudo porque uma tal transposição parece carecer de uma base jurídica sólida em face da circunstância de que, no caso, se tratava de uma *situação puramente interna*, uma vez que as demandantes tinham sede em Barcelona, comarca do tribunal escolhido, e os demandados eram todos domiciliados em Espanha⁵⁸⁴. Não parece, por isso, solução correta a de basear em *Océano Grupo Editorial* uma defesa da admissibilidade do controlo material de um verdadeiro *pacto de jurisdição* à luz da Diretiva sobre cláusulas abusivas, enquanto tal ou como transposta para o direito nacional de cada um dos Estados-membros.

⁵⁸¹ TJUE, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero* (C-240/98), C-240/98 a C-244/98 (2000.06.27), n.º 22.

⁵⁸² TJUE, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger Hofstetter et al.*, C-237/02 (2004.04.01), n.º 23; em termos quase idênticos, TJUE, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Gyórfi*, C-243/08 (2009.06.04), n.º 41; TJUE, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider*, C-137/08 (2010.11.09), n.º 54.

⁵⁸³ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 74; v. *supra*, p. 247.

⁵⁸⁴ Mas noutras cidades, o que motivou a impugnação da cláusula jurisdicional pelos réus. Cfr. TJUE, *Océano Grupo Editorial*, 2000.06.27, cit., n.ºs 15, 16. V. ainda ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.11, n. 25.

A este propósito, interessa atentar no artigo 19.º, g), do Decreto-Lei n.º 446/85⁵⁸⁵, que, tanto nas *relações com consumidores finais* como *entre empresários ou entidades equiparadas*, proíbe *relativamente* (isto é, não "em absoluto" mas sim "consoante o quadro negocial padronizado") as cláusulas que "[e]stabeçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem"⁵⁸⁶.

A uma primeira leitura, poderia pensar-se que esta regra seria assim mesmo aplicável na análise de todo e qualquer pacto de jurisdição incluído em condições gerais, sempre que a relação jurídica estivesse sob o império da lei material portuguesa que transpôs a Directiva. Com efeito, nos termos do artigo 67.º de Bruxelas I, que se mantém praticamente idêntico *inclusive* na numeração, é reconhecida a *prioridade*, sobre o Regulamento, de *atos da União* ou *leis nacionais harmonizadas nos termos desses atos* que regulem os conflitos de jurisdições *em matérias específicas*, tais como a matéria das cláusulas abusivas⁵⁸⁷; prioridade esta que, bem se vê do seu teor literal, é estabelecida não

⁵⁸⁵ Para um retrato geral do diploma de 1985, conforme alterado em 1995 e 1999, veja-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica n.º 61 / Ad Honorem n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1103 ss. (com referência particular à Directiva, v. pp. 1118 ss.).

⁵⁸⁶ Para uma primeira apreciação e com referências, v. ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 449 ss.. Disposição paralela no que concerne a escolha de lei existia numa alínea *h*, proibindo as cláusulas que "*remetam para o direito estrangeiro, quando os inconvenientes causados a uma das partes não sejam compensados por interesses sérios e objectivos da outra*" — entretanto desaparecida nas modificações ao diploma em 1995, em função da sua obsolescência após a entrada em vigor em Portugal, em setembro de 1994, da Convenção de Roma de 1980 (v. por todos RUI MANUEL MOURA RAMOS, "La transposition des directives communautaires en matière de protection du consommateur et le droit international privé portugais", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 228 ss.). Já ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., pp. 40-41, se referia à legislação portuguesa nesse particular, aludindo explicitamente ao art. 19.º, *h*), do DL n.º 446/85, e dando em geral conta de que "tais restrições impostas pelos legisladores exprimem sobretudo uma certa política legislativa em favor do consumidor" (p. 41); v. tb. ERIK JAYME, "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in BERNHARD PFISTER / MICHAEL R. WILL (HRSG.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, p. 439.

⁵⁸⁷ Entre outras; v., exemplificativamente, PIPPA ROGERSON, "17. II. Relationship with other EU Instruments (Art 67)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.º 17.05, n. 4.

apenas para as Directivas propriamente ditas, como também para as atos legislativos nacionais que operam a sua transposição⁵⁸⁸.

Surge agora o problema: *quid iuris* se o ato legislativo nacional, num *goldplating* mais ou menos voluntário (pouco importará), como o que é operado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, estende o regime europeu para lá do universo dos consumidores⁵⁸⁹ e o aplica também à predisposição negocial entre *entidades equiparadas*? É que, se este ato legislativo, assim *goldplated*, tem prioridade sobre Bruxelas Ia, como pareceria resultar de uma primeira leitura do seu artigo 67.º, aí teríamos um cavalo de Tróia que transportaria para dentro do edifício normativo, minando assim a aparente uniformização dos requisitos de admissibilidade e validade do pacto de jurisdição em Bruxelas Ia, uma espécie de *controlo geral dos graves inconvenientes* do foro escolhido, medidos, nos termos legais, pela bitola da sua *justificação* pelos *interesses da outra parte*, sempre que a lei portuguesa fosse aplicável às cláusulas contratuais gerais — isto é, independentemente (ou melhor, mesmo contra) qualquer diversa escolha das partes "*sempre que* [o contrato] *apresente uma conexão estreita com o território português*" (artigo 23.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85).

Estamos em crer que esta interpretação não seria aceitável, ainda que apenas encontremos para a sua impugnação as mais altas instâncias normativas, designadamente o princípio do *primado do direito da União Europeia*⁵⁹⁰. Em face deste, poderá dizer-se que o quadro normativo fixado por um regulamento europeu, com manifestas pretensões tendencialmente exaurientes dos parâmetros de existência e validade formal dos pactos de jurisdição, tal como resulta explícito da jurisprudência do Tribunal de Justiça, estaria a ser circundado, e assim derogado, por normas jurídicas nacionais, logo infraordenadas; não

⁵⁸⁸ PETER MANKOWSKI, "Art 67 Brüssel I-VO", cit., Rn. 3; PIPPA ROGERSON, "17. II. Relationship with other EU Instruments (Art 67)", cit., n.º 17.07.

⁵⁸⁹ Cfr. entre nós desde logo ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed. (reimpr.: 2005), Almedina, Coimbra, 2001, p. 34.

⁵⁹⁰ Que merece aliás menção expressa no atual art. 8.º, n.º 4, da CRP. Sobre o princípio, em geral, v. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União — História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 350 ss..

sendo justificação bastante a de que tais normas nacionais resultariam da transposição de uma Diretiva europeia, por isso que esta apresenta como seu *âmbito material de harmonização* as relações com os *consumidores finais*, ao passo que o ato legislativo nacional em apreciação *estendeu* os seus *dourados* para lá desse campo, versando ainda as relações entre entidades equiparadas.

Este ponto foi já bem decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2015: mesmo não deixando explícitos todos os termos do problema, a superior instância é inequívoca ao separar a posição da "*entidade com natureza empresarial*" em relação à do "*mero consumidor individual*", para em consequência negar liminarmente o acesso daquela a uma interpretação do artigo 67.º de Bruxelas I que permitisse o recurso ao direito nacional (das cláusulas contratuais gerais) por sobre a normação regulamentar europeia respeitante à "*admissibilidade e validade do pacto de jurisdição*"⁵⁹¹.

⁵⁹¹ STJ, proc. n.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, relator: Gregório Silva Jesus (2015.02.11), que revoga a decisão proferida pela Relação de Lisboa: TRLisboa, proc. n.º 877/12.7TVLSB.L1-1, relatora: Adelaide Domingos (2014.04.10). Aqui deixamos, merecedor da citação, o instrutivo passo relevante do acórdão do Supremo:

"Adicionalmente, mesmo que se pondere que nos deparamos com uma cláusula contratual geral, tem [que] se atender ao facto de a autora/recorrida ser uma sociedade comercial (...) e, por isso mesmo, uma entidade com natureza empresarial e não um mero consumidor individual.

Ora, nessa circunstância, inexistente qualquer disposição de Direito da União Europeia que deva ser respeitada, ao abrigo do art. 67.º do Regulamento, pelo que a validade do pacto de jurisdição é aferida exclusivamente pelo disposto no art. 23.º do Regulamento.

Só assim não seria se a cláusula contratual geral estivesse integrada num contrato celebrado com um consumidor, pois, nessa circunstância, decorre do art. 67.º do Regulamento, de forma indirecta, que se impõe a consideração do disposto na Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 05/04/1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores – cf., v.g., art. 3.º, n.º 3 da Directiva e n.º 1, al. q), do Anexo à Directiva (pode ser abusiva a cláusula que suprima ou entrave a possibilidade de intentar acções judiciais ou seguir outras vias de recurso por parte do consumidor).

Em todo o caso, mesmo aventando que o pacto de jurisdição constava de uma cláusula contratual geral e que se considerasse que o contrato foi outorgado em Portugal, constando as cláusulas em apreço de dois contratos de swap celebrados entre empresários ou entidades equiparadas (para utilizar a terminologia da Secção II LCCG), nunca seria de aplicar a Directiva 93/13/CEE – ou o regime do art. 21.º da LCCG (que está inserido na Secção III reportada aos consumidores finais) – por não estar em causa qualquer consumidor.

Acrescenta-se, também, e como já antes se demonstrou, que jamais seria de recorrer ao art. 19.º, al. g), da LCCG, por se tratar de um normativo de direito interno, não resultante do direito europeu, o qual é insuscetível de prevalecer sobre o regime do art. 23.º do Regulamento n.º 44/2001.

Em resumo: a validade do pacto de jurisdição constante de uma cláusula contratual geral integrada num

3. Os limites «internos» da vinculação ao pacto de jurisdição

3.1. Razão de ordem

Aquilo que no ponto anterior discutimos, sob a titulação inicial relativamente neutra de *pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º*, reconduz-se ao que, para muitos, corresponde à noção de *admissibilidade* (*admissibility*⁵⁹², *Zulässigkeit*⁵⁹³), como aliás acrescentámos a esse mesmo título. Há, não obstante, alguma variação terminológica, incluindo designadamente uma aparente diferença sobre se a referida *admissibilidade* consubstanciaria uma *categoria nova*, a par da validade *formal* e *substancial*, ou antes seria, ainda e sempre, reconduzível à *substância*⁵⁹⁴. O ponto não nos parece merecer à partida longas reflexões, pela ausência de consequências de monta que retiraríamos de eventual análise e tomada de posição⁵⁹⁵, motivo por que, independentemente do *nomen*,

contrato celebrado entre um empresário ou entidade equiparada é analisada, exclusivamente, segundo o disposto no art. 23.º do Regulamento n.º 44/2001."

⁵⁹² P. ex., ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 65 ss..

⁵⁹³ V.g., JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 69 ss..

⁵⁹⁴ Assim JÜRGEN BASEDOW, "Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", in PATRIK LINDSKOUG / ULF MAUNSBACH / GÖRAN MILLQVIST / PER SAMUELSSON / HANS-HEINRICH VOGEL (EDS.), *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget, Lund, 2013, p. 20, ou JÜRGEN BASEDOW, "Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, p. 342, entendendo que *tertium non datur* e lendo nas palavras de ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 65 ss., 75 ss. (ali citada ainda a anterior edição), ou melhor, na própria estrutura desse comentário, uma aparente indicação (*hint, Andeutung*) nesse sentido.

⁵⁹⁵ P. ex., é inapelavelmente à *substância* que se refere GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 61 ss., quanto discorre sobre a *admissibilité* a propósito da "Dissociation entre admissibilité/effets et formation"; e, quando ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 66 ss., se refere à *suficiente determinação* da relação jurídica a propósito da *admissibility* do pacto, trata daquilo que p. ex. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* [4.º ed., 2010], cit., n.ºs 148 ss., estuda em sede de *conditions de fond* da cláusula atributiva de jurisdição. Se bem lemos, tb. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., p. 37, se referem indistintamente a admissibilidade e validade.

deixámos as alusões à chamada *admissibilidade* no ponto anterior e agora avançamos para, à vez, uma indagação sobre os requisitos *formais* e *substanciais* do pacto de jurisdição, conforme definidos em Bruxelas Ia.

3.2. Prolegómenos: o acordo ou consentimento como ponto de partida fundamental

Nesta fase do estudo poderá parecer insignificante recordá-lo, mas cremos que ao menos o registo introdutório que segue é devido: *em regra*, o Regulamento Bruxelas Ia (à inteira semelhança dos antecessores), no seu artigo 25.º, erige o *acordo* ou *consentimento* dos subscritores da cláusula atributiva de jurisdição em *requisito central*⁵⁹⁶ ou *nevrálgico* da regulação jurisdicional. São várias as ocasiões em que o Tribunal de Justiça o sublinhou, nomeadamente quando fez consignar a teleologia que reconhece às "formalidades exigidas" pelo atual artigo 25.º, destinadas a *garantir a existência efetiva*

A distinção ganha, é certo, um sabor particular quando se procuram respostas para o problema do *efeito reflexo* (que não está, porém, no centro da nossa análise; de todo o modo, v. *supra*, texto correspondente à n. 563 e seguinte): na verdade, aquela *dupla condição*, nas palavras do Tribunal (TJUE, *Coreck Maritime*, 2000.11.09, cit., n.º 17, a saber: *primeiro*, o domicílio de uma das partes num Estado-membro; *segundo*, a escolha do tribunal de um Estado-membro), de que hoje (em Bruxelas Ia) sobrevive apenas a *segunda*, poderia parecer, nos termos em que é apresentada aí em *Coreck Maritime*, como uma condição de *aplicabilidade* do Regulamento (então, da Convenção de Bruxelas), de tal modo que, em coerência, se fosse excluído o tribunal ou tribunais de um Estado terceiro, a condição não se preencheria e, logo, não seria sequer *aplicável* Bruxelas Ia e o seu art. 25.º, mas sim as disposições processuais civis internacionais do Estado do tribunal demandado. Mas uma certa leitura de *Owusu* e do *Parecer de Lugano*, como avisa STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for", cit., pp. 116 ss. (notando ainda a coincidência da linguagem ainda mais recentemente em TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 26, já perante Bruxelas I), poderia conduzir a que se visse na *dupla condição / singular condição* acima referida, não apenas um *critério de aplicabilidade*, mas sim um verdadeiro *critério de validade*, de tal modo que, na eventualidade da escolha de um tribunal de um Estado terceiro, e sempre que o *demandado* (v. STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for", cit., p. 118) estivesse domiciliado num Estado-membro, não seria Bruxelas I(a) que se tornaria *inaplicável*, antes estaríamos perante uma cláusula "privada de efeitos" por violação de "critérios de validade" (v. ainda *ob. cit.*, pp. 116 e tb. 118, onde a Autora não vê diminuição das dificuldades interpretativas com o abandono da primeira parte daquela *dupla condição*).

⁵⁹⁶ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 75 ("agreement as central requirement").

do consentimento das partes, pelo que este consentimento deve normalmente manifestar-se de forma clara e precisa⁵⁹⁷.

Sobre este pano de fundo surge um conjunto de requisitos *formais* (*infra*, 3.2.) e *substanciais* (3.3.), cuja observância é necessária para a plena validade e eficácia do pacto de jurisdição.

Claro que, como dissemos, é *em regra*, e não *sempre*, que os *requisitos de forma* do n.º 1 do artigo 25.º se impõem: para várias situações particulares (*infra*, 4.) foram consagrados desvios que importará conhecer, de modo a que, no capítulo que a este se seguirá, compreendamos melhor o *caso particular das sociedades*.

3.3. A forma

3.3.1. Introdução

O que é a *forma* para o artigo 25.º de Bruxelas Ia? Em face da sua evolução normativa, desde a alteração de 1978 (com a inserção dos *usos do comércio internacional*)⁵⁹⁸ até aos últimos desenvolvimentos jurisprudenciais, podemos dizer que o Tribunal de Justiça sempre interpretou (*autonomamente*) as exigências do Regulamento, não *apenas como formalidades*, num sentido mais estrito do termo, mas sim, em simultâneo, *também como regras materiais de formação do contrato*⁵⁹⁹. É, por isso,

⁵⁹⁷ TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 1831; TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 1851; TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 24.

⁵⁹⁸ Sublinham especialmente o seu significado a este propósito JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 27. Sobre o costume e os usos mercantis, em geral, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, "A 'consuetudo mercatorum' como fonte do direito comercial", in *RDM*, 2007, pp. 7 ss..

⁵⁹⁹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 89; tb. n.º 78, onde dita: "To a certain extent, the consent could be inferred from the observance of the form"; STEFAN TIEFENTHALER, "Art 23", in DIETMAR CZERNICH / STEFAN TIEFENTHALER / GEORG E. KODEK, *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht — EuGVVO, Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen ("Brüssel IIa-VO") — Kurzkommentar*,

comum afirmar-se uma *unidade*⁶⁰⁰, ou mesmo uma *inseparável unidade* ("*unauflösbare Einheit*")⁶⁰¹, entre as exigências de *consentimento* e de *forma*, conforme reguladas em Bruxelas Ia. WAGNER cunhou-as com o termo *Gültigkeitsform*, algo como *forma de validade*, assim salientando a hibridez presente na circunstância de se entenderem as disposições pertinentes de Bruxelas não como *meras* prescrições formais, mas sim como "indícios de um eficaz acordo de vontades (*Willenseinigung*) das partes"⁶⁰² — um pouco ao jeito das "*formalités intrinsèques ou viscérales*", relativas ao *consentimento* das partes, numa sugestiva classificação francesa^{603/604}. Importa, pois, ter estes dados presentes, com vista à melhor compreensão do que se foi e vai decidindo no Luxemburgo⁶⁰⁵.

3. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, 2009, Rn. 22. Já neste sentido CHRISTIAN KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", cit., p. 268; MARTIN GEBAUER, "Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht", cit., p. 578. Este último Autor cita BURKHARD HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht — Ein Lehrbuch*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 314, onde porém (Rn. 137) este último Autor só é explícito na derivação do consenso a partir da forma no que respeita às alternativas dos *usos estabelecidos entre as partes* e dos *usos do comércio internacional* (v. art. 25.º, n.º 1, b) e c)).

⁶⁰⁰ JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 27.

⁶⁰¹ V. REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 76 (p. 455).

⁶⁰² GERHARD WAGNER, "Art. 23 EuGVVO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 10 (EuGVVO, GVG), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, Rn. 43; v. tb. GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 382-384; PETER GOTTWALD, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen — Verträge zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht", in GERHARD WALTER (HRSG.), *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, De Gruyter, Berlin, 1995, pp. 299, 308, *passim*; MARTIN GEBAUER, "Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht", cit., p. 578; mas cfr., crítico perante o "défice de precisão dogmática" nos desenvolvimentos jurisprudenciais do TJUE, DIETER LEIPOLD, "Zuständigkeitsvereinbarungen in Europa", in PETER GOTTWALD / REINHARD GREGER / HANNS PRÜTTING (HRSG.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa — Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Gieseking, Bielefeld, 2000, pp. 56 ss.. Em geral, para um interessante confronto entre as exigências formais (*Formenstrenge*) e a justiça processual (*prozessuale Billigkeit*), MAX VOLLKOMMER, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit — Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform — Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, pp. 12 ss. (não versando em particular os conflitos de jurisdições, mas com uma referência ao processo civil, pp. 69 ss.).

⁶⁰³ Atribuída a BOULLENOIS e, na sua esteira, a MERLIN, no século XIX, conforme citados por HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, cit., n.º 15 (p. 11), n. 3, que instrutivamente discorre sobre as "dificuldades sentidas ao distinguir a forma do fundo" (pp. 11 ss., n.ºs 14 ss.), para *a final* deduzir da sua densidade a orientação de procurar "não dissociar em direito internacional privado o que parece quase indissociável em direito interno", e assim, em especial nos pactos de jurisdição (onde a admissibilidade de uma *prorrogação tácita* "borrata" ainda mais o traço de uma

Importa ainda saber que aos requisitos *formais* estabelecidos pelo Regulamento não podem os Estados-membros acrescentar outros da sua lavra, por lei nacional, sob pena de pôr-se em causa a certeza jurídica que com esta exclusiva e unitária regulação se pretendeu atingir. Pode assim dizer-se que esses requisitos preenchem a dupla funcionalidade de *unificar* e bem assim *esgotar* a regulação das formalidades^{606/607}.

eventual linha divisória (aceitando a declaração tácita de prorrogação, v. p. ex. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., p. 90; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 43)), adoptar uma mesma solução jusconflitual para a forma e a substância (v. em conclusão n.º 21 (p. 14)), que ao fim e ao cabo seria uma aplicação cumulativa da *lex fori prorogati* e da lei do tribunal "normalmente" (na ausência de escolha) competente. V. tb. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 61 ss..

⁶⁰⁴ Num clássico de Rolando QUADRI, o Professor italiano manifestava impressivamente a sua preferência, para dados efeitos em direito internacional privado, por um entendimento de *forma*, não enquanto (mero) *meio de exteriorização da vontade* ("*mezzo di estrinsecazione*"), mas sim como "um *meio de reconstrução* de um fenómeno psicológico, ou melhor, dos caracteres de tal fenómeno psicológico" (sublinhados no original): cfr. ROLANDO QUADRI, "Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici", in *Scritti Giuridici — II — Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1988 (primeiro publicado in *Studi in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1957), p. 649. V. ainda, no direito material, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 89 ss..

⁶⁰⁵ Cfr. tb. STJ, *proc. n.º 07B1321*, 2008.02.28, cit., em que o nosso Supremo assumiu sem discussão, em uniformização de jurisprudência, que as regras de Bruxelas consagravam "exigências de forma" e ainda "requisitos de substância", em relação aos quais elenca a necessidade de "especificar qual a relação jurídica da qual emergiram, ou poderão vir a emergir litígios, que será objecto do processo, como ainda o ou os tribunais competentes para apreciar o litígio". No acórdão está a citar-se (identificadamente, embora com indicação de página incorreta) Sofia HENRIQUES, que usa os termos transcritos ao ocupar-se da identificação de "requisitos de validade intrínseca": SOFIA HENRIQUES, *Os Pactos de Jurisdição no Regulamento (CE) n.º 44/2001*, cit., p. 77.

⁶⁰⁶ TJUE, *Elefanten Schuh*, 1981.06.24, cit., n.ºs 25, 26; TJUE, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionale SpA v. Hugo Trumpy SpA*, C-159/97 (1999.03.16), n.º 37; STJ, *proc. n.º 5138/06.8TBSTS.S1*, 2009.10.08, cit.; High Court of Justice (QB), *Provimi Ltd. v. Aventi Animal Nutrition SA*, [2003] EWHC 961(Comm) (2003.05.06), n.º 76; v. TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford University Press, Oxford, 2013, n.ºs 7.06 ss.; PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 12; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 17; ainda em face da Convenção de Bruxelas de 1968, v. tb. PAULA COSTA E SILVA, "A longa *vacatio legis* da Convenção de Bruxelas", cit., p. 1244.

⁶⁰⁷ Até certo ponto crítico de "contraposições forma-conteúdo, estrutura formal-estrutura material, estrutura-função", para lá da sua "eventual legitimidade sob certo ponto de vista analítico ou metodológico-didáctico", cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito — Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983 (reimpr. 1999), pp. 25-26.

Na formulação atual⁶⁰⁸ do n.º 1 do artigo 25.º podemos reconhecer cinco formas possíveis. Assim, o pacto pode ser celebrado: (i) por *escrito*; (ii) *verbalmente com confirmação escrita*; (iii) segundo *usos* estabelecidos entre as partes; (iv) segundo *usos do comércio internacional*; ou ainda (v) através de *comunicação eletrónica* que permita um registo duradouro.

3.3.2. Por escrito

3.3.2.1. Em geral

A forma por que mais comumente duas ou mais partes se vinculam a um pacto de jurisdição é certamente a *escrita*. Por *escrito* significa por norma que as partes *subscvem* um documento de que consta a cláusula, *assinando-o*; mas nem sempre será o caso, como pode suceder por exemplo com um telegrama ou telefax (muito embora, neste último caso, o documento transmitido por esta via possa conter nele aposta uma assinatura), pelo que fundamentalmente importa que haja uma redução a escrito reconhecivelmente *autorizada* por cada uma das partes, para o que poderá ser bastante que a autoria do documento seja *identificável*⁶⁰⁹. Pode ainda o *escrito* ser na verdade composto por *dois* (ou mais, consoante o número de partes) *escritos separados*, desde que seja suficientemente clara, a partir desse conjunto, a união de vontades⁶¹⁰. Foi já decidido

⁶⁰⁸ Para a sua evolução histórica, desde 1968, v. *supra*, texto correspondente e seguinte à n. 338.

⁶⁰⁹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 95; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 105. Em geral, sobre os problemas levantados pela "diferença entre velhos e novos suporte e meios de comunicação", CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, cit., pp. 94 ss., 146 ss..

⁶¹⁰ V., na Alemanha (a propósito da Convenção de Lugano mas fazendo apelo à jurisprudência e doutrina sobre o art. 17.º da Convenção de Bruxelas de 1968, de idêntico teor), BGH, VIII ZR 185/92 (Düsseldorf), NJW 1994 2699-2701 (1994.03.09), p. 2700; BGH, IX ZR 19/00 (Frankfurt a.M.), NJW 2011 1731-1732 (2001.02.22), p. 1731.

que uma cláusula contida numa *minuta contractual* (ou *draft*, como a prática, também em Portugal, vai dizendo) que, tendo circulado entre as partes, e sendo por elas identificada noutras comunicações como "o contrato", nunca chegou, porém, a ser subscrita, não havia respeitado o requisito da *forma escrita* (vamos aqui supor que se não preenchiam os requisitos para que na base dessa minuta se falasse num uso estabelecido entre as partes, relevante para o artigo 25.º, n.º 1, b))^{611/612}.

3.3.2.2. Remissão para cláusulas contratuais gerais

Um dos pontos na prática mais relevantes para a análise das exigências de forma é o da compatibilidade com o cumprimento do requisito da *redução a escrito* de uma *remissão para cláusulas contratuais gerais* que rejam a relação jurídica entre as partes.

Segundo jurisprudência assente, satisfaz as exigências de *forma escrita* a sua *impressão no verso de um contrato*, incluída em condições gerais de venda predispostas por uma das partes, *desde que* haja no contrato, assinado também pelo aderente, uma *remissão expressa* para as condições gerais de venda que constam desse verso. Não bastará, pelo contrário, que do verso conste a referida cláusula se a frente do contrato *não remete para elas*, mesmo que remeta para propostas contratuais escritas do proponente que, essas sim, remetam expressamente para as condições gerais, pois nesse caso não se pode dizer que a remissão, meramente indireta ou implícita, fosse "*susceptível de ser*

⁶¹¹ Veja-se o breve relato do caso de 1999, perante o *Leeds Mercantile Court*, por ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 95. Aparentemente noutra sentença, citando decisão inglesa de 2009, v. ADRIAN BRIGGS / PETER REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., n.º 2.128: "Accordingly, in a case in which the parties have exchanged drafts of a substantive contract, every version of which contained an unopposed provision that the English courts should have jurisdiction, there should be no particular difficulty in holding that the parties agreed on the jurisdiction of the English courts, even though there is dispute as to whether the terms of the substantive agreement were ever settled."

⁶¹² Sobre o problema próximo da "prorrogação" ou "renovação" *oral* de um contrato *escrito*, e que nos seus próprios termos só poderia prolongar ou renovar a sua vigência *por escrito*, contendo cláusula atributiva de jurisdição, v. TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., a que nos referiremos em breve, *infra*, pp. 262 ss..

controlada por uma pessoa normalmente diligente". Em suma, segundo o Tribunal de Justiça no caso Estasis Salotti, as exigências de forma estão satisfeitas "no caso de a remessa ser explícita, susceptível de ser controlada por uma pessoa normalmente diligente e se se demonstrar que as condições gerais que incluem o pacto atributivo de jurisdição foram efectivamente comunicadas à outra parte contratante juntamente com a proposta para a qual se remete"⁶¹³.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que há pouco elogiámos⁶¹⁴, não nos merece, à luz destas últimas considerações, idêntico aplauso quando procede à análise, segundo o artigo 23.º de Bruxelas I, de uma cláusula contratual geral atributiva de jurisdição, ainda que aí se deixe saudável registo da doutrina nacional e da última jurisprudência europeia concernente. No caso, existia uma multiplicidade de camadas documentais do contrato⁶¹⁵, sendo que era de um designado *ISDA Master Agreement*, não negociado mas sim objeto de *remissão expressa* noutros documentos (esses sim, negociados individualmente), que constava a única referência à jurisdição convencionalmente competente, na sua cláusula identificada no acórdão como Secção 13 (b) (i): "... no que concerne a qualquer litígio, processo ou procedimento relacionado com este contrato ('litígios'), ambas as partes acordam, irrevogavelmente, submetê-los à jurisdição dos Tribunais Ingleses, se as partes expressamente determinarem que este contrato é regido pela lei inglesa (...)". Já nos *Rate Swap Confirmation* e nos *Amendment*

⁶¹³ TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 12. Para várias referências jurisprudenciais nacionais, veja-se com interesse ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 98 e 99.

⁶¹⁴ STJ, *proc. n.º 877/12.7TVLSB.LI-A.SI*, 2015.02.11, cit.; v. *supra*, n. 591 e texto correspondente.

⁶¹⁵ Sem entrar em mais pormenor, e se bem lemos, havia um *ISDA Master Agreement*, um "esquema internacional estandardizado"; um *Master Agreement Schedule*, que "confere uma certa personalização ao *ISDA*, fixando deste as cláusulas aplicáveis em cada caso"; uma *Confirmation*, fixando "os pontos concretos de cada contrato"; e ainda uma série de documentos negociados sob os nomes *Rate Swap Confirmation*, *Novation Confirmation*, *Acceptance and Understanding Structured Interest Rate Derivatives* e *Amendment Agreement*.

Agreements, instrumentos particulares *efetivamente subscritos* pelas partes⁶¹⁶, é onde encontramos inequívocas *choice-of-law clauses* em favor da *lei inglesa*.

Portanto, a cláusula atributiva de jurisdição resulta, não em primeira linha de um *articulado negociado*, mas sim de *condições predispostas*⁶¹⁷. Parece-nos, pois, no mínimo, arrojada a conclusão de que "*não pode senão considerar-se que o [pacto de jurisdição, nos termos da Secção 13 (b) (i) do ISDA Master Agreement] foi efectivamente objecto de negociação entre as partes*" — ainda que o Tribunal mitigue logo de seguida: "*ou que, no mínimo, a recorrida poderia, com um mínimo de diligência normal, constatar a sua existência*"...

Pois bem: esta citação, no seu final, é uma referência direta à jurisprudência do Tribunal de Justiça em *Estasis Salotti*, nos termos da qual, como acabámos de ver, é necessária — mas basta — uma *remissão expressa* para que as condições gerais em que se inclui o pacto de jurisdição sejam suscetíveis de serem controladas por uma pessoa normalmente diligente. É verdade que a remissão expressa existia *in casu*; mas, além da contestável conclusão de que a existência da remissão equivale a uma verdadeira negociação (insista-se que apenas os documentos de que constam as *cláusulas de escolha de lei* foram *subscritos*, deles não resultando a mais ínfima indicação de que se está concomitantemente a *ativar* um pacto de jurisdição que consta das condições gerais), a importante dúvida que não transparece resolvida é a de saber se o clausulado contratual geral *foi de facto entregue à empresa aderente a essas cláusulas, em anexo ao clausulado negociado*. Ora, para boa parte da doutrina e da jurisprudência, tal entrega é indispensável

⁶¹⁶ V., no ac. cit., os factos provados n.ºs 2, 5, 6.

⁶¹⁷ Não pela parte que as invoca, antes por um terceiro; mas isso nada importa, como é sabido, no contexto das cláusulas contratuais gerais — v. por todos ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*, cit., pp. 213-214: "De igual modo não releva a circunstância de a pré-formulação provir do próprio utilizador, de outro sujeito jurídico sob sua directa incumbência ou ainda de um terceiro".

para que a *remissão expressa* admitida em *Estasi Salotti* seja eficaz, sem o que as condições gerais se não poderiam considerar parte integrante do contrato⁶¹⁸.

3.3.3. Verbalmente com confirmação escrita

A alternativa do *acordo verbal com confirmação escrita* facilita o preenchimento das exigências formais para a formação do pacto de jurisdição. Nela encontramos dois elementos: o *acordo*, concluído apenas na oralidade, *mas concluído*; e a respetiva *confirmação escrita*, que poderá ser originada e subscrita por apenas uma das partes.

Com efeito, entende-se que esta espécie de forma *semi-escrita* ("*halbe Schriftlichkeit, half writing*")⁶¹⁹ exige, primeiro, que tenha havido um específico⁶²⁰, ainda que apenas tácito (mas suficientemente claro)⁶²¹ consenso relativo ao pacto jurisdicional. Será o caso, por exemplo, quando as partes acordam oralmente a aplicabilidade das condições gerais propostas por uma delas e o texto das mesmas é entregue à outra no momento da conclusão escrita do contrato, porquanto a diligência normal permitirá ao aderente o seu devido conhecimento⁶²². Já não haverá o cumprimento deste requisito quando, na falta de usos (entre as partes ou do comércio internacional) noutra sentido, em

⁶¹⁸ V. nesse sentido JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 35 (texto correspondente à n. 109); e ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 98, último travessão (em nota com referências concordantes e discordantes).

⁶¹⁹ BGH, 1994.03.09, cit., p. 2699; BGH, III ZR 95/95 (Karlsruhe), NJW 1996 1819-1820 (1996.03.28), p. 1819; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 42 (em alemão); ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 102 (em inglês).

⁶²⁰ Cfr. TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 8: "Num contrato celebrado verbalmente, mesmo que o comprador aceite contratar com base nas condições gerais do vendedor, não se pressupõe, po isso, que aceitou uma cláusula atributiva de jurisdição que possa, eventualmente, figurar nessas condições gerais", e TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.º 17: "(..) prior oral agreement between the parties expressly relating to the jurisdiction clause". V. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 142.

⁶²¹ JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 42; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 103.

⁶²² BGH, 1996.03.28, cit., p. 1819; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 42.

contrato "celebrado verbalmente entre as partes" houve uma entrega do seu objeto acompanhada de documento de confirmação que remetia para as "condições referidas no verso", que por sua vez incluíam a cláusula atributiva de jurisdição: nessa hipótese, falta a "aceitação escrita da parte do comprador"⁶²³.

Em segundo lugar, a *confirmação escrita* pode ser emitida por qualquer das partes, e não necessariamente pela contraparte de um predisponente⁶²⁴.

A este propósito, *Berghoef* desperta especial interesse ao conjugar a análise deste requisito da *confirmação escrita* com aspectos verdadeiramente substantivos respeitantes à *boa-fé* na invocação do pacto de jurisdição. A factualidade é simples: um contrato de agência comercial entre a sociedade *ASA SA*, sediada em França, e a sua agente comercial alemã *Berghoef GmbH & Co. KG*, que demanda uma indemnização (de clientela) do seu principal francês. Celebraram contrato escrito em 1964, de que consta uma cláusula de escolha do foro comercial de Roanne, em França, para litígios emergentes do contrato. No entanto, em 1975, houve um acordo oral que modificava aquela cláusula jurisdicional, pelo qual as partes conferiam agora os referidos poderes de julgar aos tribunais de Mönchengladbach, na Alemanha, onde a agente estava sediada⁶²⁵. O acordo oral foi confirmado por escrito *pela agente*, a sociedade alemã ora demandante, em correspondência enviada por esta à sua principal francesa, que comprovadamente a recebeu e não se lhe opôs.

O problema surge junto do Tribunal de Justiça porque um tribunal superior alemão considerou que a exigida *confirmação escrita* não seria no caso atendível, uma

⁶²³ TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 2, p. 734, n.º 12, p. 738; v. tb. BGH, 1994.03.09, cit., p. 2700.

⁶²⁴ Parece apontar nesse sentido TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.º 17; assim ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 106, e HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 143, apontando-se aqui como *Tilly Russ* veio neste ponto modificar *Galleries Segoura*. Confirmando sem dúvidas este entendimento, v. TJUE, *Berghoef*, 1985.07.11, cit., analisado em seguida em texto, n.º 14.

⁶²⁵ A contrapartida estaria em passar a ser a sociedade alemã, e não a francesa, quem de então em diante assumiria os custos de tradução da respetiva correspondência: TJUE, *Berghoef*, 1985.07.11, cit., n.º 4.

vez que um acordo verbal apenas estaria em conformidade com a norma de Bruxelas se houvesse sido confirmado por escrito *pela parte contra quem é alegado* num litígio⁶²⁶. Por conseguinte, as questões que originam o reenvio prejudicial são duas: em suma, (i) se o pacto de jurisdição pode ser validamente confirmado pela parte *a favor de quem é concluído*; e (ii) se haveria *contrariedade à boa-fé* numa arguição de invalidade baseada em suposta falha nos requisitos formais do pacto, quando a parte que o faz não contrariou de nenhum modo a confirmação escrita, beneficiou da contraprestação relativa aos custos de tradução⁶²⁷ e mantém relações comerciais duradouras com a contraparte.

O Tribunal, não deixando de sublinhar a dificuldade que por vezes surge em determinar a parte *em benefício de quem* um pacto de jurisdição é celebrado, aponta para a ausência de uma exigência expressa de que a parte confirmante seja aquela *em detrimento de quem* a cláusula é estipulada⁶²⁸. E, na verdade, esta afirmação resolve o caso: está respondida a primeira questão, em sentido afirmativo, pelo que a segunda questão não carece de resposta no caso, o que o Tribunal assinala expressamente⁶²⁹. A ambiguidade está, porém, no n.º 15 do acórdão, em que uma segunda frase perturba a linearidade da resposta que a primeira e terceira frases do mesmo número, e bem assim todo o demais texto da decisão, pareciam estabelecer. Numa tradução nossa: *"Se estiver de facto assente que a determinação do tribunal competente foi objeto de um acordo oral a ela relativo, e se a confirmação por uma das partes do acordo oral foi recebida pela outra, sem que esta ao tempo tenha levantado objeções, esta interpretação literal do artigo 17.º corresponde ainda, como o Tribunal decidiu já noutro contexto [cita-se o*

⁶²⁶ TJUE, *Berghoefer*, 1985.07.11, cit., n.º 7.

⁶²⁷ Este ponto (ao lembrar-se a contraprestação) é expressamente referido no n.º 8 da versão original do acórdão, em língua alemã, mas omitido na sua nesse particular deficiente tradução inglesa (cfr. ambas as versões disponíveis no sítio do TJUE, de que não consta tradução portuguesa).

⁶²⁸ V. TJUE, *Berghoefer*, 1985.07.11, cit.: "Article 17 of the Convention does not expressly require that the written confirmation of an oral [agreement] should be given by the party who is to be affected by the agreement" — substituímos *argument* por *agreement*, perante (mais um) manifesto lapso de tradução a partir do alemão (língua do processo) de *Vereinbarung*.

⁶²⁹ TJUE, *Berghoefer*, 1985.07.11, cit., n.º 17.

acórdão *Tilly Russ*], à função deste artigo, que consiste justamente em garantir a existência de facto de um acordo entre ambas as partes. Seria então contrário à boa-fé (Treu und Glauben), se a parte que não levantou qualquer objeção pudesse opor-se ao acordo verbal. No presente caso não é necessário decidir sobre a questão de saber se e em que medida eventuais objeções da outra parte contra a confirmação escrita de um acordo verbal seriam de tomar em consideração⁶³⁰.

Ou seja: o Tribunal parece deixar escapar alguma simpatia ou consideração pelo argumento da boa-fé⁶³¹, ao ponto de escrever, em letra de forma, que a oposição ulterior ao acordo verbal lhe seria contrária. Mas *não há* neste caso uma decisão do Tribunal de Justiça baseada na boa-fé: tal é indubitavelmente fixado pelo n.º 17 do acórdão, mesmo que a frase do meio no transcrito n.º 15 gere razoáveis dúvidas na leitura. Deixamos esta nota vincada como resposta à alegação de Adrian BRIGGS, no sentido de que *Berghoef* seria, por paridade de razão (*parity of reasoning*), configurável como precedente para uma possível alegação de que, mesmo havendo acordo por escrito, nos termos das regras de Bruxelas, poderia haver circunstâncias em que constituiria *má-fé* a sua invocação⁶³². Acabámos de ver que essa afirmação, por interessante que fosse para o nosso estudo, é temerária: ao contrário do que uma leitura dirigida por BRIGGS poderia inculcar, o argumento de *paridade de razão* aí avançado não pode considerar-se suficientemente bem

⁶³⁰ TJUE, *Berghoef*, 1985.07.11, cit., n.º 15.

⁶³¹ Parece caminhar em sentido próximo o acórdão da Cassação francesa de 31.5.1983, conforme citado por HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* [4.ª ed., 2010], cit., n.º 144 (p. 135), em texto e n. 72, de acordo com o qual "seria contrário à boa fé negar a existência de uma prorrogação de competência" quando existam "relações comerciais correntes" entre as partes, que são no seu conjunto regidas por "condições gerais" de que consta a cláusula atributiva de jurisdição. Há também uma referência antiga à *boa fé* neste contexto jurisdicional em TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 11: "(...) a solução já seria diferente, no caso em que uma convenção verbal fizesse parte das relações comerciais correntes entre as partes, se estivesse estipulado, além disso, que estas relações são reguladas, no seu conjunto, pelas condições gerais fixadas pelo autor da confirmação, condições que incluem uma cláusula atributiva de jurisdição. Com efeito, num tal contexto, *seria contrário à boa fé*, para o destinatário da confirmação, recusar a existência de uma extensão de competência, mesmo na falta de uma aceitação escrita da sua parte" (sublinhámos).

⁶³² ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.26; v. tb. RICHARD FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., n.ºs 2.106 ss. (avisando, porém: "*Berghoef* is not without difficulty").

fundado, em face da jurisprudência, já que a afirmação pelo Tribunal de Justiça da atendibilidade de um *princípio de boa-fé* não vai mais longe do que um *obiter dictum*, que não é sequer dos mais assertivos.

Interessa ainda referir *Iveco Fiat*⁶³³, para esgotarmos o fio da meada de BRIGGS para este particular contexto. De acordo com o Professor de Oxford, *Iveco Fiat* surge como espécie próxima de *Berghoefer*, embora a comparação não seja aí objeto de maiores desenvolvimentos⁶³⁴. Atentando no caso, os pontos de contacto são notórios: um contrato escrito unia a sociedade italiana *Iveco Fiat SpA* e uma sociedade belga; nos seus próprios termos, a "prorrogação" ou renovação só poderia ter lugar por escrito; mas, na prática, ele "continuou a constituir o fundamento jurídico das relações contratuais entre as partes"⁶³⁵. Que dizer, então, quanto à vigência ou não da cláusula atributiva de jurisdição que nele estava contida? Em pronúncia abreviada, o Tribunal distingue duas situações, consoante a *lei aplicável à substância* do contrato *admite*, ou *não admite*, uma "prorrogação" do contrato inicial, sem observância da forma escrita expressamente prevista, que todavia mantenha as partes vinculadas ao conjunto das cláusulas daquele contrato inicial, entre as quais se inclui o pacto de jurisdição. Se *admite*, a cláusula mantém-se válida e eficaz, no pressuposto de que o consentimento foi "claramente expresso, através da forma prescrita pelo artigo 17.º" da então vigente Convenção de Bruxelas. Se, ao invés, *não admite*, "há que verificar se a cláusula atributiva de jurisdição, na medida em que faz parte de um conjunto de cláusulas retomadas de um contrato escrito anterior que caducou, e que continuaram a constituir o fundamento jurídico das relações contratuais entre as partes,

⁶³³ TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit.. Este acórdão é por vezes "catalogado", na análise do Regulamento, a propósito da 1.ª parte do artigo 25.º, n.º 1, a) ("*por escrito*"), o que não merece a nossa crítica; tão-só o referimos apenas agora, aquando da menção à 2.ª parte do preceito, em virtude da sua ligação a *Berghoefer* acima explorada e bem assim porque nele não deixa ainda de estar em causa o valor a reconhecer a declarações *orais* de "prorrogação" do contrato escrito.

⁶³⁴ Cita-se *Iveco Fiat*, a par de *Berghoefer*, em tanto que acórdão "to similar effect, if not on this precise ground": ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.26, n. 40.

⁶³⁵ TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., n.º 2.

responde às exigências do artigo 17.^o⁶³⁶. Pois bem: tomando em expressa conta a decisão do ano anterior em *Berghoef*, no sentido de que a receção de confirmação escrita da contraparte sem oportuno levantamento de quaisquer objeções coenvolve a satisfação dos requisitos daquele artigo 17.^o, afirma-se que a "tácita retoma" de um contrato escrito anterior os satisfará "desde que uma ou outra das partes confirme por escrito a cláusula atributiva de jurisdição ou o conjunto de cláusulas de que aquela faz parte, sem que a parte que receber a confirmação a isso se oponha". Em suma: a cláusula valerá (i) se a lei aplicável à substância do contrato permitir "prorrogar validamente o contrato inicial, sem observância da forma escrita" — o que equivale a dizer que é ainda e sempre a *lei da substância* a reger a questão jurisdicional, que assim não pareceria gozar de qualquer *autonomia* ou *separabilidade* —; ou, caso essa lei tal não permita, (ii) se houver confirmação escrita a que se não opôs a contraparte, assim se satisfazendo — *diretamente*, diríamos, e não por via da aplicação da lei da substância do contrato — os requisitos de forma do antecessor do artigo 25.^o de Bruxelas Ia.

Conforme desde logo apontado por boa parte da doutrina, a solução é passível de crítica na medida em que se baseia em pensamento contrário à *autonomia* ou *separabilidade* que a cláusula atributiva de jurisdição deve merecer⁶³⁷, hoje aliás explícita no n.º 5 do artigo 25.^o de Bruxelas Ia. Se é verdade que a decisão permanece entre as comuns citações de *authorities* nesta matéria⁶³⁸, a primeira alternativa indicada, que conduz à aplicabilidade do direito vigente para o "contrato principal", foi objeto da aludida crítica. De todo o modo, uma interpretação possivelmente útil para o aresto é o de que lhe subjaz a ideia de que, mais importante que a *separabilidade* ou *autonomia* da cláusula jurisdicional, é porventura o *favor validitatis* que permita fundar na *lex contractus* a validade da cláusula, como uma possibilidade mais a juntar às *formas*

⁶³⁶ TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., n.ºs 7 e 8.

⁶³⁷ V. desde logo ERIK JAYME, "Gerichtsstand und abgelaufener Hauptvertrag in Art. 17 EuGVÜ (zu EuGH, Urteil v. 11.11.1986 — Rs 313/85 — Iveco Fiat Spa ./ Van Hool NV)", in *IPrax*, Heft 6, 1989, pp. 361-362; cfr. tb. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 139.

⁶³⁸ Veja-se v.g. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 83, 95 e *maxime* n.º 113.

autorizadas expressa e diretamente pelas alíneas do artigo 25.º, n.º 1 — *favor validitatis* esse que, não se duvida, é também um dos fundamentos últimos da própria autonomia. Esta interpretação procura retirar algum efeito útil de *Iveco Fiat* e não deixa de favorecer uma impositação como a de BRIGGS, no modo como o Autor em momento algum impõe a *autonomia* ou *separabilidade* como um princípio fundamental, antes a vê como um fruto da *commercial practicality*⁶³⁹, essa sim em grande parte fundante do sistema como ele nos é posto.

3.3.4. Usos estabelecidos entre as partes

Introduzida em 1989, numa espécie de codificação de soluções para que já apontava o Tribunal de Justiça em *Galleries Segoura*⁶⁴⁰, a alínea *b*) do atual artigo 25.º, n.º 1, consagra a suficiência formal da celebração do pacto *de acordo com os usos que as partes tenham estabelecido entre si*. Com esta possibilidade formal, dá-se atendibilidade a práticas segundo as quais as partes conduzam os seus negócios, pelo que, enquanto *usos*

⁶³⁹ V. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 3.19, e *supra*, n. 211 e texto correspondente.

⁶⁴⁰ TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.ºs 11, 12. Assim MARTINHO DE ALMEIDA CRUZ / MANUEL DESANTES REAL / PAUL JENARD, "Relatório", cit., n.º 26; v. tb. PAUL JENARD / G. MÖLLER, "Report", cit., n.º 58. É sobretudo significativo o passo seguinte do acórdão, n.º 12, retomado no seu dispositivo: "*O facto de o comprador não levantar objecções contra uma confirmação emanada unilateralmente da outra parte só vale como aceitação no que respeita à cláusula atributiva de jurisdição, se o acordo verbal se situar no quadro das relações comerciais correntes entre as partes, fixadas com base nas condições gerais de uma delas, condições que incluem uma cláusula atributiva de jurisdição*". V. ainda HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., que questiona a imprecisão da fórmula *usos estabelecidos pelas partes*, mas não deixa de sublinhar a "inegável vantagem de ter em conta as necessidades da prática" (cfr. n.º 144 e, citado, n.º 146).

ou *práticas*⁶⁴¹, se lhes há de exigir uma certa *duração temporal e reiteração*, de tal forma que surja como justificável a sua invocação⁶⁴².

3.3.5. Usos do comércio internacional

Por seu turno introduzida em 1978, como resposta "aos costumes e exigências do comércio internacional"⁶⁴³, surge como nova possibilidade "formal"⁶⁴⁴ o pacto que, no contexto desse comércio internacional, seja concluído *de acordo com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial concreto em questão* (artigo 25.º, n.º 1, c)).

O exemplo típico de um tal uso é o que está associado, em várias ordens jurídicas nacionais europeias, às chamadas *cartas de confirmação*⁶⁴⁵: a ausência de reação ou o silêncio perante carta de confirmação enviada pela sua contraparte vê ser-lhe atribuída uma equivalência à manifestação de consenso. Pois bem: se e quando um tal comportamento corresponde "*a um uso que rege o domínio do comércio internacional em que operam as partes*", e se as mesmas "*conhecem esse uso ou devem conhecê-lo*", em virtude da sua consolidação no ramo comercial em que operam, então a cláusula

⁶⁴¹ Preferindo este último termo, e em crítica à utilização oficial de *usos*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., p. 201.

⁶⁴² Nesse sentido, ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 110; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 118; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 50.

⁶⁴³ V. PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 179.

⁶⁴⁴ É aqui especialmente claro como se regulam aspetos *não puramente formais*, mas sim incidentes sobre o *próprio consentimento*: v. por todos PETER GOTTWALD, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 304.

⁶⁴⁵ Sobre elas nos direitos alemão e francês, em breve resumo, veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, "A formação dos contratos internacionais", cit., pp. 129-130.

atributiva de jurisdição que está impressa nesse documento (e bem assim nas facturas incontestada e reiteradamente pagas pela contraparte) é formalmente válida⁶⁴⁶.

3.3.6. Comunicação por via eletrónica

Por fim, no que respeita aos preceitos referentes à forma da cláusula atributiva de jurisdição, encontramos a determinação da *equivalência à forma escrita de qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro* (artigo 25.º, n.º 2, de Bruxelas Ia). Tratava-se de uma exigência premente em face das feições dos contactos comerciais no nosso século, em linha aliás com os objetivos da harmonização europeia operada com a Diretiva do Comércio Eletrónico⁶⁴⁷, pelo que a regra veio a ser adotada com Bruxelas I.

Com a *equivalência à forma escrita* não se estará necessariamente a dizer que a comunicação eletrónica tenha que ser *reproduzida por escrito* para ser válida: a reprodução, por exemplo, num *écran* é bastante⁶⁴⁸, importando afinal que a todo o tempo

⁶⁴⁶ TJUE, MSG, 1997.02.20, cit., *maxime* n.ºs 6 e 19 ss. (citado o n.º 20), e, em continuada densificação do conceito de *usos do comércio internacional*, TJUE, *Trasporti Castelletti*, 1999.03.16, cit., *maxime* n.º 30 e dispositivo do acórdão. V. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.ºs 114 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., pp. 202 ss.; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 51 ss.; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 119 ss.; e HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 147, sublinhando a terminar a marcada diferença entre estas regras europeias, que crescentemente liberalizaram as exigências formais do pacto de jurisdição, e o contrastantemente lacónico enunciado da Convenção da Haia de 2005, que no seu artigo 3.º, c), exige a celebração ou documentação "i) por escrito; ou ii) por outro meio de comunicação que torne a informação acessível, de modo a poder ser consultada posteriormente".

⁶⁴⁷ Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho de 2000; cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Direito de Autor e comércio eletrónico: aspectos internacionais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 152 ss.; ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "A Via Eletrónica da Negociação (Alguns Aspectos)", in *Estudos de Direito do Consumidor n.º 8 (2006/2007)*, Centro de Direito do Consumo (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, 2008, pp. 276 ss..

⁶⁴⁸ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 129; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 41.

ela seja possível, o que justifica a exigência de registo duradouro. Ao dizer-se que o registo tem que ser *possível*, não se exige que ele tenha efetivamente sido feito⁶⁴⁹.

A mais comum forma de comunicação por via eletrónica que permite um registo duradouro será a correspondência por *correio eletrónico*, que satisfaz plenamente tal requisito de *registabilidade duradoura*. Mas também aí se inclui a contratação por via de um sítio interativo, no pressuposto, porém, de que não se estenda esta forma a mensagens que não possam ser descarregadas pelo contratante que interage com o sítio interativo, permanecendo na esfera da parte que apresenta esse sítio e sendo assim por ela controladas e livremente modificáveis⁶⁵⁰, pois caso contrário não estaria garantida a minimamente exigível segurança jurídica da contraparte.

Muito recentemente, o Tribunal de Justiça, na primeira decisão sobre este preceito desde que introduzido em 2001 por Bruxelas I⁶⁵¹, interpretou a regra no sentido de que o chamado *click wrapping* preenche as suas exigências, desde que esta "*técnica de aceitação por «clic» das condições gerais de um contrato de compra e venda*" torne "*possível imprimir e gravar o texto dessas condições gerais antes da celebração do contrato*". Não se considerou no caso indispensável, ao contrário do que pretendia uma das partes, que as condições gerais *abram* automaticamente "*no momento do registo no sítio de Internet nem no momento de cada operação de compra*"⁶⁵². E se, numa primeira leitura, esta facilitação do processo de adesão à cláusula contratual geral atributiva de

⁶⁴⁹ FAUSTO POCAR, "Report", cit., n.º 109; TJUE, *Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, C-322/14 (2015.05.21), n.º 34; PETER MANKOWSKI, "EuGH: Gerichtsstandsvereinbarung durch "click wrapping"", in *LMK*, 2015, p. 369378.

⁶⁵⁰ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 131; PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 38; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 41, traçando o paralelo com o art. 10.º, n.º 3, da Diretiva sobre o comércio eletrónico ("*Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los*").

⁶⁵¹ PETER MANKOWSKI, "EuGH: Gerichtsstandsvereinbarung durch "click wrapping"", cit., p. 369378; WOLFGANG WURMNEST, "EuGVVO: Gerichtsstandsvereinbarung bei Einbeziehung von AGB durch "click wrapping"", in *EuZW*, 2015, p. 567.

⁶⁵² TJUE, *CarsOnTheWeb*, 2015.05.21, cit., dispositivo e n.º 39; em sentido contrário se havia pronunciado jurisprudência alemã — cfr. referências em WOLFGANG WURMNEST, "EuGVVO: Gerichtsstandsvereinbarung bei Einbeziehung von AGB durch "click wrapping"", cit., p. 568..

jurisdição poderia suscitar receios, já se contrapôs que, por um lado, a promoção do comércio eletrónico é um objetivo político-legislativo da União, e, por outro, que aqueles que atuem como *consumidores* estarão de toda a maneira protegidos pelas regras que especialmente se lhes aplicam, nomeadamente o artigo 19.º de Bruxelas Ia⁶⁵³.

3.4. A substância

3.4.1. Introdução

Salientámos já a *hibridez* das exigências, aparentemente apenas *formais*, do artigo 25.º de Bruxelas Ia, de tal modo que desde cedo se afirmou uma *inseparável unidade* entre *forma* e *consentimento*, impeditiva de uma perfeitamente nítida distinção entre o pura e tecnicamente *formal* e o verdadeiramente *substantivo*, uma vez que, no cumprimento das formalidades, conforme postas no Regulamento e interpretadas pelo Tribunal de Justiça, vemos concomitantemente indícios de um eficazmente concluído acordo entre as partes⁶⁵⁴.

Mas sempre se afirmou o entendimento de que certos aspectos materiais *escapavam* indubitavelmente às regras do artigo 25.º de Bruxelas Ia e seus antecessores, não obstante a sua pretensão de princípio, como demos conta, de exaurir a regulação da cláusula atributiva de jurisdição.

⁶⁵³ Assim PETER MANKOWSKI, "EuGH: Gerichtsstandsvereinbarung durch "click wrapping"", cit., p. 369378.

⁶⁵⁴ Cfr. *supra*, texto correspondente e seguinte à n. 599.

Classicamente indicam-se, para além de situações particulares que mereceram solução à medida (e que veremos *infra* neste capítulo, 4.), a *capacidade das partes*, bem como a *representação voluntária*⁶⁵⁵.

Trata-se, em ambas, de questões de relevo para as sociedades: a *capacidade* é, tipicamente, matéria de estatuto pessoal societário, sem que porém haja uma harmonização europeia definidora do critério de conexão relevante; quanto à *representação*, porventura também associada às *relações de agência*⁶⁵⁶, o quadro é ainda mais refrangente, uma vez que elas podem ser objeto, consoante as particulares questões jurídicas que no seu contexto se levantem, de regras internacionalprivatísticas constantes da lei da agência comercial⁶⁵⁷, do Código Civil ou ainda da Convenção da Haia de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação — que apenas vincula outros três Estados contratantes (Argentina, França e Países Baixos) mas é de carácter universal, nos termos do seu artigo 4.^º⁶⁵⁸. Deste conceito de *representação*, importa lembrar, não consta a representação *orgânica* ou *estatutária* da sociedade, isto é, por intermédio dos seus *órgãos*, que, embora não enumerada no artigo 33.^º, n.^º 2, do Código

⁶⁵⁵ PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 43, 43a; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 18, 28.

⁶⁵⁶ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.^º 84, refere-se aparentemente de modo mais amplo que os Autores anteriormente citados a "questions of principal and agent".

⁶⁵⁷ Decreto-Lei n.^º 178/86, de 3 de julho. V. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português", in *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 93 ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência — Anotação ao Decreto-Lei n.^º 178/86, de 3 de Julho*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 147 ss..

⁶⁵⁸ A Convenção está em vigor em Portugal desde 01.05.1992: cfr. Aviso n.^º 239/97, de 29 de Julho. Sobre esta matéria em especial, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 356-357; MARIA HELENA BRITO, "A representação em direito internacional privado. Análise da Convenção da Haia de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de intermediação e à representação", in *Estudos de Direito Comercial Internacional — Volume I*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 143 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume II — Direito de Conflitos — Parte Especial*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 240 ss.. V. tb. RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional (Problemas Escolhidos de Processo Civil Europeu, Conflitos de Leis e Arbitragem Internacional)", in *Miscelâneas, IDET, n.^º 5*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 67, ou RUI PEREIRA DIAS, "Artigo 3.^º - Lei pessoal", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 79.

Civil, a que se recorre ainda e sempre para uma indicação sobre o âmbito do estatuto societário, é objecto de uma regra de conflitos autónoma, a do artigo 38.º desse Código, que expressamente submete a regulamentação desta matéria à *lei pessoal* da pessoa coletiva. Diferentemente, a representação de uma sociedade comercial por mandatários ou procuradores nomeados para a prática de determinados atos ou categorias de atos (vejam-se, no CSC, os artigos 252.º, n.º 6, para as sociedades por quotas, e 391.º, n.º 7, para as anónimas) é regulada pela lei competente em matéria de *representação voluntária*⁶⁵⁹.

3.4.2. Razão de ordem; remissão

Nem todas as matérias, porém, são de tão inequívoca recondução ao *próprio artigo 25.º de Bruxelas Ia*, enquanto norma que autonomamente rege o pacto de jurisdição *também* em aspectos inegavelmente substantivos; ou antes à *lei do tribunal escolhido*, conforme a nova regra de conflitos, que desde 2012 para essa lei encaminha, em termos literais, a resposta para a questão de saber se o pacto é "*substantivamente nulo*".

E a verdade é que, no quadro jurídico-societário, é ainda de adicionar um *terceiro grau de complexidade*, por isso que àquelas duas há de juntar-se a própria *lex societatis*, para a qual o Regulamento, na interpretação que lhe dá o Tribunal de Justiça em *Powell*

⁶⁵⁹ Nesse sentido, em face da lei espanhola, ALFONSO L. CALVO CARAVACA, in JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS / JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / ALFONSO L. CALVO CARAVACA / MIGUEL VIRGÓS SORIANO / MIGUEL A. AMORES CONRADI / PILAR DOMINGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado – Parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995. Na Alemanha, v. HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrecht – Band I – Grundlagen*, C. H. Beck, München, 1980, p. 813; PETER KINDLER, "Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht", cit., Rn. 267 ss.. V. já RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional", cit., p. 67, ou RUI PEREIRA DIAS, "Artigo 3.º", cit., p. 79.

Duffryn, remete no que diga respeito à conformidade da adoção, nos estatutos, de uma cláusula atributiva de jurisdição⁶⁶⁰.

É por esse motivo que, perante a inextricável necessidade de simultânea ponderação das especificidades jurídico-societárias, julgamos mais adequado que seja no próximo capítulo⁶⁶¹, a elas mais diretamente dedicado, a sede da referência às questões relativas à interpretação da nova regra de conflitos.

4. Os casos particulares: a extensão da vinculação da cláusula, para lá de um estrito consentimento

4.1. Ponto de partida: vinculação (apenas) das partes; a posição dos sucessores na relação jurídica

A natureza contratual do pacto de jurisdição, aliada às necessárias exigências de previsibilidade e certeza jurídica, bem como a afirmação da competência do foro do domicílio do réu na ausência de consenso num outro sentido, impõem uma regra fundamental evidente: apenas as partes que consentem na submissão do litígio ao tribunal convencionado estão sujeitas a essa mesma convenção, que não valerá, *em regra*, para quaisquer outras. Trata-se de um corolário da ideia primordial de que o *acordo* ou *consentimento*, como vimos já, é *requisito central* da regulação jurisdicional, conforme manifestado nos reiterados sublinhados do Tribunal de Justiça acerca da função das formalidades do atual artigo 25.º, enquanto garantias da *existência efetiva do*

⁶⁶⁰ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19, 21.

⁶⁶¹ V. *infra*, pp. 343 ss..

consentimento das partes, e da necessidade (em regra) de o consentimento se manifestar *de forma clara e precisa*^{662/663}.

⁶⁶² TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 1831; TJUE, *Galleries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 1851; TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 24. Tb. STJ, proc. n.º 07B2250, Relator: Bettencourt de Faria (2007.09.27) ("O pacto de jurisdição acordado entre a autora e a contra-parte não vincula terceiros, que assim também não o podem invocar em abono da sua posição"; "(...) não existindo uma ligação entre os pedidos deduzidos contra cada uma das rés que determine que exista o risco de que, em caso de julgamentos separados, as soluções venham a ser incompatíveis, podendo as rés terem sido demandadas separadamente, o pacto atributivo de competência a um ordenamento jurídico estrangeiro celebrado entre autora e uma das rés, não impede que se mantenha a competência internacional da jurisdição portuguesa em relação à outra ré."). V. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 159; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.71.

⁶⁶³ No caso particular da insolvência, sobre a *Insolvenzfestigkeit* das cláusulas de escolha de foro, bem como das convenções de arbitragem, v., com referências, MORITZ BRINKMANN, "Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht — Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO (zu EuGH, 10.9.2009 - Rs. C-292/08 - German Graphics Graphische Maschinen GmbH ./ Alice van der Schee als Konkursverwalterin der Holland Binding BV)", in *IPrax*, Heft 4, 2010, p. 330, n. 43. No caso que levou ao acórdão do TJUE *German Graphics*, o tribunal alemão (LG Braunschweig) aceitou a vigência do pacto de jurisdição de que é parte o insolvente, mesmo já na pendência de processo de insolvência, e portanto vinculando também o administrador de insolvência nessa qualidade. A opinião maioritária na Alemanha aceita a *Insolvenzfestigkeit* deste pacto de jurisdição, com fundamento numa "sucessão processual" (*prozessuale Rechtsnachfolge*) do administrador da insolvência na posição originária do devedor insolvente: v. por todos e com referências HERBERT ROTH, "§ 19a ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 (Einleitung — §§ 1-40), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, Rn. 7; REINHARD BORK, "§ 38 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 (Einleitung — §§ 1-40), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, Rn. 50 *in fine*; REINHARD PATZINA, "§ 19a ZPO", in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2000, Rn. 8 (contra, LUDWIG HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2007, Rn. 13.27, por considerar que o administrador de insolvência não pode ser visto como um mero sucessor vinculado às estipulações processuais do devedor insolvente, uma vez que não são apenas os interesses deste que ele faz valer, mas sim — e sobretudo — os interesses dos credores, pelo que, tal como nos contratos obrigacionais (v. §§ 103 ss. InsO) deveria ser-lhe dado um direito de escolher se pretende considerar-se vinculado). V. tb., com interesse, a decisão de um Tribunal suíço em recurso de sentença arbitral, no tocante à competência deste tribunal, que foi sem êxito questionada com base numa pretensa aplicabilidade (quer como *lex causae*, quer como norma de aplicação necessária e imediata, nas alegações apresentadas), do art. 87.º do CIRE. A questão foi resolvida através de uma qualificação de tal norma da lei portuguesa enquanto estabelecadora, não de *requisitos de capacidade* da parte na convenção de arbitragem, efetivamente a definir no quadro da lei reguladora do *estatuto societário* da entidade em questão, mas sim de *requisitos respeitantes à validade* (ou eficácia em sentido amplo) da convenção arbitral, pelo que a conexão múltipla, *favor validitatis*, do DIP suíço não impunha a aplicação da lei portuguesa (diferentemente, no aí citado caso *Vivendi*, a solução havia sido diversa, em função de uma qualificação igualmente diversa das normas de direito polaco, que, na espécie, associavam à abertura da insolvência uma *perda de capacidade* da massa insolvente para ser *parte* em processo arbitral. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, "Anotação ao acórdão do Tribunal Federal suíço de 16 de outubro de 2012", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, 2014, pp. 259 ss.; e tb. JOANA NEVES, "Os Efeitos da Insolvência na

Claro que, como dissemos, é *em regra*, e não *sempre*, que essas formalidades se impõem *tout court*: para um conjunto de situações particulares, a que agora nos dedicamos, foram consagrados desvios que, entre outros, dizem respeito às sociedades.

Uma das questões que sempre permanecem em casos de maior complexidade *subjéctiva* é então a de sabermos *quem*, ou *quem mais*, estará vinculado ao pacto de jurisdição, ou poderá de outro modo invocá-lo.

A primeira e mais natural extensão, para lá dos seus subscritores ou partes originárias, é a que diz respeito àqueles que, por transmissão da posição contratual ou dos direitos ou obrigações que são objeto imediato ou conteúdo da relação jurídica, *sucedem*, em relação aos mesmos, parcial ou totalmente, na posição ativa e/ou passiva em que se encontravam os originários contraentes que em primeira linha se vincularam à cláusula atributiva de jurisdição.

Em face da jurisprudência europeia, designadamente *Tilly Russ* e *Coreck Maritime*⁶⁶⁴, a regra que serve de ponto de partida é a de que uma pessoa jurídica que *suceda* na posição contratual do originário contraente (ou de anterior transmissário) se encontra também vinculada ao pacto jurisdicional que é integrante desse contrato; mas no pressuposto de que, *por força do direito nacional aplicável*, haja uma sucessão daquela nos direitos e deveres desta⁶⁶⁵.

Arbitragem Internacional", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 540 ss..

⁶⁶⁴ Cfr. as duas notas seguintes. Também em TJUE, *Gerling*, 1983.07.14, cit. (v. *maxime* n.ºs 19-20) o tema é já tratado, muito embora, como aliás em *Tilly Russ* o TJUE aponta (v. n.º 23), ali existissem partes estruturalmente mais fortes / mais fracas (no caso, em volta de um contrato de seguro), o que significativamente alteraria os termos da análise. É por isso que, em *Tilly Russ*, o Tribunal não se impressiona tanto com esse paralelo, que os representantes de Itália e Reino Unido traçavam (cfr. n.º 22), como com o "propósito do artigo 17" (da Convenção de Bruxelas), que não estaria a ser servido através da permissão de um adquirente se furtar à cláusula jurisdicional expressamente constante do conhecimento de carga (n.º 24).

⁶⁶⁵ TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.ºs 20 ss., *maxime* n.º 26.

Se não se produzir um tal efeito em virtude das regras de direito material nacional, *há que verificar* a existência de um efetivo consentimento, à luz das exigências em geral formuladas no atual art. 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia⁶⁶⁶.

4.2. Conhecimentos de carga

Os referidos acórdãos *Tilly Russ* e *Coreck Maritime* foram tirados no contexto de *conhecimentos de carga* (*bills of lading, Konnossementen*) que continham, como é regra na prática, cláusulas atributivas de jurisdição. Dada a grande liquidez destes títulos no comércio internacional, é particularmente premente a questão de saber se a cláusula, quando sem dúvida vinculativa para *carregador* e *transportador*, poderia ainda ser invocada perante *terceiros portadores do conhecimento de carga* que sucedam na posição do carregador⁶⁶⁷. A orientação do Tribunal de Justiça, bem como de tribunais superiores alemães, sem deixar de se ancorar na ideia de sucessão na posição jurídica anterior⁶⁶⁸, ao fazer depender a invocação da cláusula atributiva de jurisdição, perante o terceiro portador, da sucessão por este "*nos direitos e obrigações do carregador*", nos termos "*do direito nacional aplicável*"⁶⁶⁹, vai mais longe no reconhecimento de um *uso do comércio*

⁶⁶⁶ TJUE, *Coreck Maritime*, 2000.11.09, cit., n.ºs 22 ss., *maxime* n.º 24.

⁶⁶⁷ V. com pormenor PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 52; do Autor permanece, aliás, como referência nesta matéria a sua obra doutoral: cfr. PETER MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, pp. 232 ss..

⁶⁶⁸ Insiste no ponto PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 53, de tal modo que se torna crítico da invocação do *uso do comércio internacional* a que nos referimos de seguida em texto, sendo porém a sua uma posição minoritária: assim JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 67.

⁶⁶⁹ TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.º 24; TJUE, *Trasporti Castelletti*, 1999.03.16, cit., n.º 41; TJUE, *Coreck Maritime*, 2000.11.09, cit., n.º 23; cfr., ainda apenas perante *Tilly Russ*, PETER MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im IPR*, cit., pp. 240-241.

internacional, existente neste ramo comercial concreto, e portanto bastante como *formalidade* relativa à inserção da cláusula atributiva de jurisdição⁶⁷⁰.

4.3. Seguros

Em matéria de seguros — uma das que, como sabemos, é visada por especiais regras jurisdicionais protetoras da parte estruturalmente mais fraca na relação jurídica⁶⁷¹ — existe a possibilidade de uma cláusula atributiva de jurisdição produzir efeitos relativamente a *terceiros*, não partes no contrato de seguro: é o caso particular dos *beneficiários do seguro* que, não sendo necessariamente parte desse contrato, podem ser visados por cláusulas do contrato que estendam as opções jurisdicionais que terão ao seu dispor. Essa eventualidade esteve, aliás, na mente do legislador convencional e regulamentar: no artigo 12.º, n.º 2, da Convenção de Bruxelas de 1968, e hoje no artigo 15.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, encontramos salvaguardada a hipótese de *as partes* derogarem as regras de jurisdição da Secção 3 para que "[p]ermitam ao tomador do seguro, ao *segurado* ou ao *beneficiário* recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção" (sublinhámos). Ora: sabendo-se que *segurado* e *beneficiário do seguro* não são necessariamente partes no contrato, o preceito deve ser interpretado no sentido de que tais

⁶⁷⁰ TJUE, *Trasporti Castelletti*, 1999.03.16, cit.; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 138; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 67; na jurisprudência alemã, BGH, I ZR 40/04 (OLG Oldenburg), NJW 2007 2036-2038 (2007.02.15), em que, após repetir a orientação do TJUE em *Trasporti Castelletti*, acrescenta: "dado que as cláusulas atributivas de jurisdição em conhecimentos de carga no direito marítimo internacional valem como um uso do comércio internacional (*als handelsüblich gelten*), é de pressupor um consentimento (*Zustimmung*) quando o terceiro portador exerce direitos emergentes do conhecimento de carga" (p. 2036); OLG Stuttgart, 3 U 147/03, BeckRS 2004 10923 (2003.12.23), n.º 4., b).

⁶⁷¹ V. *supra*, p. 240.

sujeitos, mesmo não prestando o seu *efetivo consentimento* a uma tal cláusula, têm a prerrogativa de *nela basearem* a jurisdição do tribunal que pretendam demandar⁶⁷².

4.4. «Trusts»

Os *trusts* encontram-se também numa situação particular, em virtude da regra especial que lhes reserva o n.º 3 do artigo 25.º de Bruxelas Ia⁶⁷³.

Tratando-se de um instituto que, tradicionalmente, era típico do direito material de sistemas de *Common Law* e desconhecido do ambiente normativo de *Civil Law*, o que gera toda a sorte de questões de qualificação e reconhecimento dos respetivos efeitos⁶⁷⁴,

⁶⁷² TJUE, *Gerling*, 1983.07.14, cit., n.ºs 10 ss.. Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., pp. 42, 125; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 134; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.80.

⁶⁷³ Art. 25.º, n.º 3: "O tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro a que o ato constitutivo de um trust atribuir competência têm competência exclusiva para conhecer da ação contra um fundador, um trustee ou um beneficiário do trust, se se tratar de relações entre essas pessoas ou dos seus direitos ou obrigações no âmbito do trust."

⁶⁷⁴ V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 271 ss.; AFONSO PATRÃO, "Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários", cit., pp. 381 ss.; A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 47 ss.. Procurando debelar as dificuldades causadas pela estranheza do instituto nos sistemas de raiz e influência romano-germânica, desenvolveram-se esforços diplomáticos junto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que culminaram em 1985 na Convenção da Haia sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento (a propósito do sentido em que *reconhecimento* é aqui usado, v. MARIA HELENA BRITO, "A Convenção da Haia sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento. Breve apresentação", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PAULA COSTA E SILVA (COORDS.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1645-1646), entrando em vigor em 1992, mas de que Portugal não é Estado contratante. Pode ver-se, sobre a Convenção, MARIA HELENA BRITO, "A Convenção da Haia sobre a lei aplicável ao *trust*", cit., pp. 1641 ss.; AFONSO PATRÃO, "Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários", cit., pp. 373 ss.; e noutras latitudes, entre outros, ALFRED E. VON OVERBECK, "La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", in *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLI, 1985, pp. 30 ss.; EMMANUEL GAILLARD / DONALD T. TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", in *Rev. crit. DIP*, 75 (1), 1986, pp. 1 ss.; EMMANUEL GAILLARD / DONALD T. TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 35, 1987, pp. 307 ss. (*maxime* pp. 316 ss.); DAVID HAYTON, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", in *Am. J.*

não surpreende que tenha sido aquando da adesão do Reino Unido e da Irlanda à Convenção de Bruxelas que tenha surgido a necessidade de consagrar regras a ele dedicado⁶⁷⁵.

Respeitante apenas a *trusts* que caiam dentro do âmbito material de aplicação do Regulamento⁶⁷⁶, o preceito do artigo 25.º, n.º 3, permite que seja inserida *unilateralmente*, pelo *settlor*, no ato que institui o *trust*, uma cláusula atributiva de jurisdição que vá outrossim vincular *trustee(s)* e *beneficiário(s)*, mesmo independentemente da sua concordância, no que diga respeito às *relações internas* do *trust*. Naturalmente, as *relações externas*, tais como direitos ou deveres do *trustee* perante terceiros, cairão sempre fora do âmbito da cláusula constante daquele ato institutivo⁶⁷⁷.

Não é deixada, expressamente, uma indicação sobre qual a *forma* a respeitar na inserção da cláusula atributiva de jurisdição. Uma possível explicação é a de que, sendo o *trust* instituído por um ato unilateral, não haveria aqui necessidade de provar a existência de um *consenso*⁶⁷⁸, aplicando-se simplesmente a lei nacional que rege a substância do *trust*⁶⁷⁹; mas é igualmente plausível o entendimento contrário, porventura maioritário, que infere do artigo 7.º, n.º 6, de Bruxelas Ia, a necessidade de que o *trust* seja constituído, e

Comp. L., Vol. 36, 1987, pp. 260 ss.; MAURIZIO LUPOI, "Riflessioni comparatistiche sui *trusts*", in *Europa e diritto privato*, n.º 2, 1998, pp. 436 ss..

⁶⁷⁵ V. PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 109 ss.; tb. EMMANUEL GAILLARD / DONALD T. TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985", cit., p. 2.

⁶⁷⁶ PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 112; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 169; HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 158. Além do mais, têm-se por excluídas figuras como os *resulting trusts* ou os *constructive trusts*: assim ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 169; ALEXANDER LAYTON / HUGH MERCER, *European Civil Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2004, n.º 20.105; v. tb. PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 117; e para a sua definição pode ver-se ainda DAVID HAYTON, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts", cit., pp. 263 ss.. Estava justamente um *resulting trust* em causa em TJUE, *George Lawrence Webb v. Lawrence Desmond Webb*, C-294/92 (1994.05.17), cfr. o seu n.º 9; sobre a decisão, crítico, v. ADRIAN BRIGGS, "Trusts of land and the Brussels Convention", in *Law Quarterly Review*, 110(Oct.), 1994, pp. 526 ss..

⁶⁷⁷ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 171; HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 158; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.189.

⁶⁷⁸ ALEXANDER LAYTON / HUGH MERCER, *European Civil Practice*, cit., n.º 20.104.

⁶⁷⁹ ALEXANDER LAYTON / HUGH MERCER, *European Civil Practice*, cit., n.º 20.104; MICHELE ANGELO LUPOI, "Sull'opponibilità a un 'terzo' di una clausola di scelta del foro contenuta nell'atto istitutivo di un trust", in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2015, p. 234.

bem assim o pacto de jurisdição inserido, "*por escrito ou por acordo verbal confirmado por escrito*"⁶⁸⁰. Não se aplica o artigo 25.º, n.º 3, pelo contrário, aos *trusts* não voluntários, constituídos "*nos termos da lei*"⁶⁸¹.

Há alguns pontos de contacto entre os *trusts* e os *estatutos de uma sociedade*, que podem aliás conduzir à tentação ou sugestão de associar a interpretação destes ao que para aqueles se prevê⁶⁸². Mas a verdade é que nem a jurisprudência europeia, nem tão-pouco o legislador europeu regulamentar lhes dão cobertura: não só se mantém até hoje inalterado o que foi decidido em *Powell Duffryn*, como também o Regulamento dedica preceitos especificamente ao *trust*, sem neles se ter algum vislumbre daquela associação: veja-se o próprio n.º 3 do artigo 25.º, bem como a referência *bipartida* do seu n.º 4 a "[o]s pactos de jurisdição bem como as estipulações similares de atos constitutivos de trusts", indiciadora de que, nas matérias cobertas pelo Regulamento, apenas os *trusts* escapariam àquela primeira natureza *pactícia*, assumida como regra.

⁶⁸⁰ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 170; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 68; aderindo a estes Autores, com o argumento da uniformidade assim alcançada por aplicação do Regulamento, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.90.

⁶⁸¹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 170; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 158; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 68.

⁶⁸² REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 130 (afirmando que "falta um preceito paralelo ao art. 23.º, n.º 4" em Bruxelas I); tb. manifestando simpatia por um tal paralelismo, no rescaldo de *Powell Duffryn*, v. STEPHAN RAMMELOO, "Jurisdiction Clauses in Transnational Company Relationships", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1., 1994, pp. 433-434; em geral, numa interessante análise comparativa que a certo ponto põe em confronto *trusts* e sociedades, v. HENRY HANSMANN / UGO MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", in *N.Y.U. L. Rev.*, Vol. 73, 1998, pp. 472 ss., sublinhando a função de segregação patrimonial que as aproxima (também a propósito do *effeto segregativo* do *trust*, v. MAURIZIO LUPOI, "Riflessioni comparatistiche sui trusts", cit., pp. 429, 430), bem como a maior *flexibilidade* que mormente atribui, na comparação, ao *trust*, mas também o claramente maior risco de *conflitos de agência* pelos potencialmente menores incentivos a uma gestão eficiente por parte do *trustee*. Noutra registo, sobre o papel do *trust* no movimento de concentração empresarial estadunidense e no processo de dispersão de capital, v. desenvolvidamente MANUEL NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 313 ss., e ainda PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma para a sociedade anónima*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 585 ss..

Ademais, a imprestabilidade do preceito sobre o *trust* para as *sociedades* resulta-nos evidente das muito diferentes feições de cada um desses instrumentos. Se a sociedade é, mais frequentemente, na sua constituição, produto de uma vontade comum (de uma *affectio societatis*)⁶⁸³ entre os vários fundadores, vontade que se *destaca* da pluralidade⁶⁸⁴ para passar a ser definida em torno de um *centro de imputação* novo e autónomo, mas sempre *em função* e em *reflexo vivo* da composição, da estrutura, da organização que se constitui — e que está destinada a poder sofrer mutações constantes —, já o *trust* resulta de uma vontade meramente *unilateral* de um *settlor* ou *instituidor*, sem se lhe reconhecer, numa palavra, a *vida própria* que caracteriza o ente societário⁶⁸⁵. Motivos por que indubitavelmente se distancia da sociedade, mais do que bastante, para se tornar imprestável uma forçada analogia.

⁶⁸³ Sobre esta v. com interesse FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística — Contrato de Sociedade, Estrutura Societária e Participação do Sócio nas Sociedades Capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 187 ss. (com mais referências a pp. 188, n. 333).

⁶⁸⁴ Com as particularidades, claro está, das sociedades unipessoais, cujas feições próprias, porém, se admite deverem ser abordadas a partir de um enfoque sobre a *realidade organizacional* que "*se diferencia e se destaca do acto criador da sociedade*" e é portanto a todas (pluri- ou unipessoais) comum (v. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português — Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 338) — a sociedade comercial, em todos os tipos legais societários do CSC, é instituidora de uma *organização* que se *destaca* do substrato pessoal, seja este composto por muitos ou por apenas um sujeito —, e não, em boa verdade, de uma redefinição fundamental das noções societárias em face desse instrumento, por muito que a sua utilização e operação permitam testar os alicerces da socialidade. V. por todos RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, cit., pp. 331 ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 159-160, p. 34 ("Embora o modelo seja a sociedade pluripessoal baseada em contrato, daí decorrendo a terminologia usual, não poderá dizer-se que a sociedade unipessoal rompe no essencial com a sociedade-matriz, que ela prescinde das notas essenciais desta.").

⁶⁸⁵ Apontando para o aspeto *organizacional* nesta distinção (ao aludir às *internal governance structures* que estão ausentes, nos termos societários, de um *trust*), v. tb. HENRY HANSMANN / UGO MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", cit., pp. 472-473.

4.5. «Cadeias de contratos»

Na interpretação da doutrina geral sobre a extensão a terceiros, sucessores numa das originárias posições jurídicas, da vinculação à cláusula atributiva de jurisdição, que está, como informámos, essencialmente nos acórdãos *Tilly Russ* e *Coreck Maritime*, convém ter presente que, em ambas as espécies, se tratava de *conhecimentos de carga*, inseridos portanto num contexto normativo particularmente favorável à facilitação da circulação negocial. Sendo que, mesmo nesse especial contexto, não se introduziu um *limite* ao império do *direito nacional aplicável* à sucessão em posições contratuais, isto é, em direitos e deveres emergentes das relações contratuais em questão.

É precisamente apontando para esta diferenciação que surge, mais recentemente, o acórdão *Refcomp*⁶⁸⁶. O Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a produção de efeitos de um pacto de jurisdição perante um *subadquirente* — e não o primitivo adquirente que celebrou o contrato em que figura a cláusula — naquilo a que se chamou uma "*cadeia comunitária de contratos*"⁶⁸⁷. A decisão foi no sentido de que é indispensável a demonstração do *consentimento efetivo* do terceiro, com respeito ao pacto de jurisdição, no que já foi lido como a criação de uma nova regra material em relação à interpretação do atual 25.º de Bruxelas Ia⁶⁸⁸.

Importa dar conta de como o Tribunal passa de, designadamente em *Tilly Russ*, insistir em que os propósitos de uma regra, como a que conforma a validade de um pacto de jurisdição, são os de "*neutralizar o efeito de cláusulas jurisdicionais que possam passar despercebidas em contratos*", não permitindo "*a uma terceira parte* [a adquirente

⁶⁸⁶ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit... Fazendo apelo a esta jurisprudência pode ver-se, em França, Cour de cassation (1re Ch. civ.), *MJA mandataires judiciaires associés v. Platinum Controls limited*, Arrêt n.º 414 (13-24.796) (2015.03.25).

⁶⁸⁷ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 15.

⁶⁸⁸ CRÍSTIAN ORÓ MARTÍNEZ, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro: el caso de las «cadenas de contratos» (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 7 de febrero de 2013, asunto C-543/10: *Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros*)", in *La Ley — Unión Europea*, n.º 5, 2013, p. 28.

do conhecimento de carga] *furtar-se à jurisdição obrigatória prescrita no conhecimento de carga*"⁶⁸⁹, para uma francamente diversa argumentação, que assume como pedra de toque o *consenso* dos interessados⁶⁹⁰.

Partindo do estabelecido no então considerando n.º 11, hoje n.º 15 de Bruxelas Ia, recorda-se que a regra geral aí posta em relevo é a do *domicílio do requerido*; "[o]s tribunais deverão estar sempre disponíveis nesta base, *exceto* nalgumas situações *bem definidas* em que a *matéria em litígio* ou a *autonomia das partes* justificam um critério de conexão diferente" (ênfases nossas). Há, portanto, na linha de jurisprudência assente⁶⁹¹, que garantir um efetivo exercício da *autonomia da vontade* — o qual não poderá ter tido lugar, justamente, sem... *vontade*. As "exigências de forma" estabelecidas nos diplomas de Bruxelas, hoje no artigo 25.º, estão aí, justamente, para garantir que a cláusula "*foi efectivamente objecto de consenso entre as partes*" — algo que o órgão jurisdicional tem nada menos do que a "*obrigação de averiguar*"⁶⁹².

Pois bem: em *Refcomp*, o Tribunal lida com as citadas "*cadeias comunitárias de contratos*", por ele definidas como "*sucessão de contratos translativos de propriedade celebrados entre operadores económicos estabelecidos em diferentes Estados-Membros da União Europeia*"⁶⁹³, para questionar-se sobre a vinculação de um subadquirente a um pacto de jurisdição inserido no contrato entre um fabricante de um bem e um primeiro comprador.

Após recordar que a *letra* do atual art. 25.º de Bruxelas Ia "*não esclarece se uma cláusula atributiva de jurisdição pode ser transmitida, para além do círculo das partes num contrato, a um terceiro, parte num contrato ulterior e que sucede, total ou*

⁶⁸⁹ TJUE, *Tilly Russ*, 1984.06.19, cit., n.º 24.

⁶⁹⁰ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 28.

⁶⁹¹ V. já TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 722; TJUE, *Galerias Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 736; TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 24; TJUE, *MSG*, 1997.02.20, cit., n.º 15.

⁶⁹² TJUE, *MSG*, 1997.02.20, cit., n.º 15.

⁶⁹³ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 15. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., lembra a diferença entre estas *cadeias contratuais* e uma *cessão da posição contratual* (n.º 4.211, n. 285).

parcialmente, nos direitos e obrigações de uma das partes no contrato inicial", o Tribunal justapõe a adversativa ("todavia") para logo de seguida recordar que é necessário ter havido *convenção*: "é este acordo de vontades entre as partes que justifica o primado concedido, em nome do princípio da autonomia da vontade, à escolha de uma jurisdição diferente daquela que teria sido eventualmente competente por força do regulamento"⁶⁹⁴.

Ao concluir que "[p]ara que a cláusula possa ser oponível a um terceiro, é, em princípio necessário que este tenha dado o seu consentimento para esse efeito", o Tribunal reafirma, saudavelmente, a ancoragem fundamental da validade e eficácia de pactos de jurisdição em uma *existência efetiva de consentimento*. Fá-lo, de todo o modo, não escondendo que este é "*em princípio*" o caso, pelo que não foge à constatação de que "*as condições e as formas em que se pode considerar que o terceiro deu o seu consentimento a uma cláusula atributiva de jurisdição podem variar em função da natureza do contrato inicial*"⁶⁹⁵.

É aqui que são citadas duas decisões significativas, que modelam dois critérios, se não distintos, ao menos com significativas particularidades em face do que "*em princípio*" acima se afirmou. O objetivo do Tribunal é proceder às devidas *distinctiones*, que o conduzirão *a final* ao que pretende ser uma reiteração do critério *principal*, em detrimento dos *relaxamentos* presentes naqueles dois contextos particulares. Em primeiro lugar, o nosso já conhecido *Powell Duffryn*. Rapidamente se afasta a aplicabilidade do seu critério, que já vimos redundar em não menos do que uma *ficção de consentimento*, com base na inexistência entre fabricante e subadquirente de uma *relação contratual*, que estava pressuposta (assim foi afirmada) em *Powell Duffryn* (tanto entre *sociedade e acionista* como entre os próprios *acionistas*). Em segundo lugar, o contexto do *conhecimento de carga*, em que vale a "*doutrina Tilly Russ/Coreck*"⁶⁹⁶: a sucessão na

⁶⁹⁴ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.ºs 25 e 26.

⁶⁹⁵ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 30.

⁶⁹⁶ V. CRISTIAN ORÓ MARTÍNEZ, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro", cit., p. 26, onde aliás se aponta como o Tribunal, ao contrário das conclusões do Advogado-Geral na espécie, se não refere a

posição contratual vale também para o pacto de jurisdição, o que resulta da particular "relação de substituição entre o detentor do conhecimento de carga e o carregador"⁶⁹⁷, conforme prevista, concordantemente, nos vários direitos nacionais. Como afastar o caso *Refcomp* desta doutrina? O Tribunal segue um caminho que não deixa de incorporar uma opção, não necessariamente a única válida: diz-nos que "a concordância das ordens jurídicas nacionais quanto aos efeitos da cessão do conhecimento de carga a um terceiro não se encontra no âmbito dos contratos translativos de propriedade, em que se verifica que as relações entre o fabricante e o subadquirente são entendidas de modo diferente nos Estados-Membros"⁶⁹⁸. A conclusão será: considerando essas divergências, de um lado, e, de outro, os objetivos de "unificação das normas de competência judiciária" e de garantia de "previsibilidade"; somando ainda a interpretação autónoma do conceito de "pacto atributivo de jurisdição" em Bruxelas e a plena aplicação do "princípio da autonomia da vontade, no qual se fundamenta" a norma em análise; a conclusão será, dizíamos, que a cláusula "não é oponível ao subadquirente", salvo se "estiver demonstrado que este terceiro deu o seu consentimento efetivo à referida cláusula nas condições enunciadas" no atual art. 25.º de Bruxelas Ia⁶⁹⁹.

Deste modo, o Tribunal justifica a aparente afirmação de uma *regra autónoma de verificação da existência do devido consenso* com recurso ao argumento de que as ordens jurídicas nacionais não são concordantes quanto aos efeitos de contratos translativos de

um terceiro caso particular, que poderia aqui ser identificado, em contexto de *extensão do âmbito subjetivo* (ou relaxamento das exigências de vinculação) da cláusula jurisdicional: a saber, os contratos de seguro (v. ob. cit., pp. 26-27). Como aí se admite, de toda a maneira, trata-se nestes últimos de um desenvolvimento jurisprudencial que se distingue dos dois anteriores por ser orientado pela diretriz da *proteção da parte mais fraca*, que também noutras normas jurisdicionais tem fortes reflexos. V. já *supra*, p. 279.

⁶⁹⁷ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 36.

⁶⁹⁸ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 38.

⁶⁹⁹ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.ºs 39-41. CRÍSTIAN ORÓ MARTÍNEZ, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro", cit., sintetiza como segue as categorias jurisprudencialmente desenvolvidas quanto ao problema da "extensibilidade da eficácia subjetiva das cláusulas de eleição de foro": em matéria de seguros, a favor do seu beneficiário (ou do segurado, acrescentemos, porque pode tão-pouco ser parte do contrato de seguro), há extensão; em seu prejuízo, não há; em matéria societária, há; em matéria de conhecimentos de carga, há, no pressuposto de o direito nacional aplicável determinar a subrogação do detentor nas obrigações do carregador; e, agora, em matéria de cadeias contratuais, não há (p. 29).

propriedade. Há como que uma *implícita subsidiariedade*: se as ordens jurídicas nacionais não estão de acordo, terá que ser o conceito de direito europeu, autonomamente *interpretado* (ou *construído*), a evitar as *quebras na uniformidade* das regras jurisdicionais e as *incertezas* que o recurso àquelas ordens jurídicas (a cada uma delas) coenvolveria.

Dizemos que se tratou de uma opção por isso que não seria descabida, em reafirmação de *Tilly Russ/Coreck*, a perscrutação *in casu* do direito nacional aplicável à questão da oponibilidade da cláusula jurisdicional ao subadquirente, e a aplicação dessa lei para determinar tal (in)oponibilidade. Ou seja: em *Tilly Russ*, partimos de uma remissão para o direito nacional aplicável, na justificação da oponibilidade ou vinculação do "terceiro" ao pacto de jurisdição; já em *Refcomp*, negamos a remissão para o direito nacional, com base na constatação, que o Tribunal vai buscar ao seu acórdão *Handte*, de que "*as relações entre o fabricante e o subadquirente são entendidas de modo diferente nos Estados-Membros*" (n.º 39)⁷⁰⁰. Para constatar, diferentemente, a viabilidade da *opção conflitual* referida, é suficiente um relance sobre a Convenção da Haia de 2005. O seu relatório explicativo esclarece, com efeito: "desde que as partes originárias consentam no acordo de escolha de foro, este vinculará terceiros que não tenham expressamente consentido nele, se a respetiva legitimidade para propor ação depender da assunção dos

⁷⁰⁰ Sendo que, em TJUE, *Jakob Handte & Co. GmbH Maschinenfabrik v. Traitments mécano-chimiques des surfaces SA (TMCS)*, C-26/91 (1992.06.17), do n.º 20 do acórdão, se recolhe apenas o seguinte: "Com efeito, para além de não existir qualquer relação contratual entre o fabricante e o subadquirente e de aquele não assumir qualquer obrigação de natureza contratual relativamente a este comprador, de que pode legitimamente ignorar a identidade e o domicílio, *verifica-se que, na maior parte dos Estados contratantes, a responsabilidade do fabricante perante o subadquirente pelos vícios da coisa vendida é considerad[a] como não sendo de natureza contratual.*" (sublinhámos). Informação jurídico-comparativa mais pormenorizada está patente, em *Handte*, nas conclusões do Advogado-Geral: TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs no caso Jakob Handte & Co. GmbH Maschinenfabrik v. Traitments mécano-chimiques des surfaces SA (TMCS)*, C-26/91 (1992.04.08), n.ºs 16 ss..

direitos e deveres de uma das partes originárias. Se tal é ou não o caso, dependerá da lei nacional"⁷⁰¹.

Pode criticamente afirmar-se, enfim, que constitui fragilidade da doutrina fixada no aresto a *disfarçada* assunção de que a *interpretação autónoma*, tão cara ao direito jurisdicional de fonte europeia, *não há de abranger apenas* a atividade do Tribunal "quando procede a uma pura definição das palavras, expressões ou conceitos" constantes de Bruxelas I, "mas também quando é chamado a determinar o objeto ou o âmbito destas disposições". Dizemos *disfarçada*, porque a citação que fazemos é das conclusões do Advogado-Geral JÄÄSKINEN⁷⁰², e não do acórdão: mas a verdade é que o n.º 40 deste, sem nunca aderir explicitamente a uma tal asserção, toma-a como a justificação mais plausível para o que aí se escreve⁷⁰³. Sem esta contextualização, torna-se aliás difícil compreender textualmente o acórdão, porquanto a remissão aí feita para o n.º 21, do mesmo, em que se enuncia a regra avançada em *Powell Duffryn* de que a "cláusula atributiva de jurisdição" merece em Bruxelas I uma interpretação autónoma, não é sem contexto compreensível quando se trata de responder à questão, não já da interpretação das "*palavras, expressões ou conceitos*", mas sim, verdadeiramente, do "*objeto ou o âmbito*" das disposições de Bruxelas I.

⁷⁰¹ TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 97.

⁷⁰² TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen no caso Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA et al.*, C-543/10 (2012.10.18), n.º 33. Em tom fundadamente crítico das mesmas, apontando ademais erros inesperados (como v.g. na referência à jurisprudência *Tessili*), v. CRÍSTIAN ORÓ MARTÍNEZ, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro", cit., *maxime* pp. 25-26.

⁷⁰³ "Por conseguinte, importa remeter para a regra geral, recordada no n.º 21 do presente acórdão, de acordo [com] a qual o conceito de «pacto atributivo de jurisdição» deve ser interpretado como um conceito autónomo e dar ao princípio da autonomia da vontade, no qual se fundamenta o artigo 23.º, n.º 1, do regulamento, a sua plena aplicação."

4.6. Estatutos de sociedades

4.6.1. «Powell Duffryn» (remissão)

Deixamos compreensivelmente brevíssimo registo, sem novidade neste estudo, de que o Tribunal de Justiça fixou, com respeito à cláusula atributiva de jurisdição inserida em estatutos de uma sociedade, ser suficiente para o cumprimento da *forma escrita* exigida pelo atual artigo 25.º de Bruxelas Ia a sua *inclusão nos estatutos* (eles próprios revestindo sempre, em todos os Estados-membros da União, essa forma escrita) em conformidade com o direito societário nacional aplicável e tais estatutos, acompanhada da sua *acessibilidade* ao sócio através, do depósito num lugar a que ele tenha acesso (tal como a sede a sociedade) ou por constar de um registo público⁷⁰⁴.

4.6.2. Razão de ordem: a necessidade de uma articulação entre os planos societário e jurisdicional para o prosseguimento da indagação

No ponto anterior, sublinhávamos como em *Refcomp* o Tribunal de Justiça se preocupa com as condições e as formas que o *consentimento* por um *terceiro* (por referência às partes na sua originária estipulação) pode revestir, no particular contexto do pacto jurisdicional, notando como aquelas "*podem variar em função da natureza do contrato inicial*" e referindo-se então, nomeadamente, ao caso societário: "*O Tribunal de Justiça admitiu, assim, que o acionista que adere aos estatutos de uma sociedade deu o seu consentimento a uma cláusula atributiva de jurisdição que conste deles, uma vez que esta adesão cria tanto entre o acionista e a sociedade como entre os próprios acionistas*

⁷⁰⁴ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 22 ss.; v. *supra*, pp. 43 ss. (e *passim*); e *infra*, o capítulo seguinte.

*uma relação que pode ser considerada contratual (v. neste sentido, a propósito do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas, acórdão Powell Duffryn, já referido, n.ºs 16 a 19)*⁷⁰⁵.

Significa isto que, mesmo na jurisprudência mais recente sobre a matéria, o Tribunal insiste na centralidade do *consentimento*, do *consenso*, como elemento fundamental para a compreensão do sentido e alcance do atual artigo 25.º de Bruxelas Ia. Mas não deixa com isso, implicitamente, de trazer à tona as legítimas dúvidas que podem formular-se com respeito à (in)congruência entre esta noção de consentimento e a posição em que é colocado o acionista discordante sobre a inserção de cláusula jurisdicional nos estatutos da sociedade de que é membro; posição essa que, nos termos de *Powell Duffryn*, é aparentemente a de *inexorável submissão* aos seus termos⁷⁰⁶.

Tal incongruência só pode ser evitada com uma cuidadosa interpretação de algo que começa por ter arrimo em não mais do que a letra escrita pelos juízes do Tribunal sediado no Luxemburgo: a *submissão* de que falamos existe perante decisões ou deliberações sociais adotadas "*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*"⁷⁰⁷. Daí a centralidade da análise desse *direito nacional aplicável* para a compreensão e destrição mais pormenorizada entre o que cabe, e o que não cabe, nesta regra do *consentimento ficcionado* ou *imposto*.

É, pois, a esta articulação entre o plano da interpretação dos estatutos sociais e o plano jurisdicional — de que partimos em Bruxelas Ia mas que, como acabámos de ver, não se fecha em exclusivo sobre si e antes convoca expressamente (pela voz da jurisprudência) os dados de direito societário nacional, em que aquele primeiro plano intervém em nome próprio — que vamos dedicar-nos de seguida, neste trilho em que procuramos os termos do regime jurídico do pacto de jurisdição societário.

⁷⁰⁵ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.ºs 30 e 31.

⁷⁰⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 18, 19 e 20.

⁷⁰⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19 e 21.

CAPÍTULO IV — Pactos de jurisdição «societários» à luz de Bruxelas Ia

1. Primeiro diálogo com tentativas de articulação entre os elementos societários e jurisdicionais

Na dita charneira que liga os questionamentos jurídico-societários aos processuais-jurisdicionais, e também com *Powell Duffryn* no ponto de partida, Peter O. MÜLBERT é autor de um texto que constitui exemplo acabado de uma tentativa cuidadosamente fundamentada de articulação dos relevantes elementos societários e jurisdicionais, em concreto na busca do regime jurídico de cláusulas estatutárias atributivas de jurisdição⁷⁰⁸. Por seu turno, Johannes WEBER dedica algum tempo, em dissertação mais abrangente⁷⁰⁹, a explicitar a sua visão sobre como aqueles elementos se interligam⁷¹⁰. Por tal motivo, vamos tomar estes dois textos como um válido ponto de partida para, avançando um pouco mais do que *Powell Duffryn* fez, mas sempre em confronto com a base normativa que o Tribunal de Justiça nos dá, procurarmos uma solução coerente para o problema que aqui nos traz.

1.1. MÜLBERT

Peter O. MÜLBERT identifica duas questões de partida, com base nas quais deduz em sequência outros tantos complexos problemáticos: pode qualificar-se como um *pacto de jurisdição*, de uma perspetiva jurídico-processual, a cláusula de escolha de foro constante dos estatutos? E pode ser objeto de uma cláusula estatutária, *propriamente dita*

⁷⁰⁸ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit..

⁷⁰⁹ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit..

⁷¹⁰ V. *infra*, pp. 323 ss..

ou *material (echter Satzungsbestandteil)*⁷¹¹, a regulamentação da competência dos tribunais para litígios entre a sociedade⁷¹² e os seus sócios? Respondendo afirmativamente a ambas as questões, o Professor de Mainz define um primeiro complexo problemático em volta dos pressupostos para que uma tal cláusula estatutária se considere válida e eficaz e não viole “*disposições quer da lei, (...) quer do contrato de sociedade*”, para usar o análogo texto legal do nosso artigo 58.º, n.º 1, *a*), do CSC⁷¹³. Nesse específico quadro, desenha duas perguntas: em primeiro lugar, deverão (também) *exigências jurídico-processuais* ser atendidas quando se analisa a perfeição de cláusulas estatutárias acerca da competência jurisdicional e, por conseguinte, se as confronta com a indispensável *não violação da lei ou dos estatutos*, nos termos do § 243 (1) AktG?⁷¹⁴ Em segundo lugar: quais as *exigências originariamente jurídico-societárias* para a perfeição das ditas cláusulas?⁷¹⁵

Começemos pela atendibilidade de exigências jurídico-processuais na análise da perfeição (ou “não viciação”) de cláusulas *estatutárias* jurisdicionais. No quadro do

⁷¹¹ Sobre esta classificação, que opõe (para usar apenas uma das terminologias conhecidas) cláusulas estatutárias *materiais e formais*, cfr. UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, 11. Aufl., C. H. Beck, München, 2014, § 23 AktG, Rn. 2-5 (distinguindo ainda entre as que são *necessariamente (notwendig)* de uma dessas categorias, por um lado, e as outras, *indiferenciadas (indifferent)*, que tanto poderão pertencer a uma como a outra categoria, por outro).

⁷¹² Sendo que a indagação de MÜLBERT é direcionada para as *sociedades de capitais* (para breve caracterização destas, cfr. MANUEL NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 5-6): v. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 316, n. 10 e texto correspondente.

⁷¹³ Naturalmente recorre MÜLBERT, não a esse preceito português, mas sim ao § 243 (1) AktG: "*Uma deliberação da assembleia geral pode ser judicialmente impugnada por violação da lei ou dos estatutos*". Cfr. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 317.

⁷¹⁴ E como subquestão, desta última dependente, introduz-se uma pergunta dita "lógico-materialmente prévia": que direito processual aplicar para o efeito, o Regulamento Bruxelas I ou antes o direito autónomo (no caso, alemão) processual civil internacional? V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 317.

⁷¹⁵ Por fim, pergunta ainda MÜLBERT, na pressuposição de que estamos na presença de uma cláusula estatutária jurisdicional válida e eficaz segundo a lei societária aplicável: constitui esta cláusula um pacto de jurisdição jurídico-processualmente eficaz ou, diferentemente, existirão requisitos adicionais (e se sim, quais) impostos pelo direito processual competente de acordo com a *lex fori* do tribunal demandado? Quanto a esta última questão, MÜLBERT afirma não se propor oferecer uma resposta circunstanciada, pese embora deixe pistas que sumariza em rodapé (v. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 318, n. 15 e texto correspondente).

direito da União Europeia, é um problema resolvido, em face de *Powell Duffryn*: “Uma cláusula atributiva de jurisdição que atribui a um tribunal de um Estado contratante competência para conhecer dos diferendos que opõem uma sociedade anónima aos seus accionistas, inserida nos estatutos dessa sociedade e *adoptada em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e com os próprios estatutos*, constitui um pacto atributivo de jurisdição na acepção do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas.” (sublinhado nosso).

Já no quadro do direito autónomo alemão, e apesar de em geral não se encontrarem vozes contra a introdução de um pacto de jurisdição por via estatutária, surgem dúvidas quanto à localização do seu regime na ordenação processual civil alemã, sobretudo no jogo entre os §§ 17, 22, 38 e 1066 ZPO, de cujo resultado poderá aliás depender o maior ou menor âmbito pessoal de vinculação da cláusula.

Com efeito, o § 17 ZPO, com uma função análoga à do artigo 81.º, n.º 2, do CPC português, estabelece a regra geral de competência para as pessoas coletivas, incluindo as sociedades. A lei alemã determina a competência da *sede* da pessoa coletiva em questão, logo acrescentando que “*como sede vale, se nada diverso resultar, o lugar onde a administração é conduzida*” (§ 17 (1) ZPO). Logo se acrescenta, porém, num n.º 3: “*Além (neben) da competência determinada pelas prescrições deste parágrafo, é admissível uma competência especialmente regulada pelos estatutos ou de outro modo*”. O facto de esta competência convencional surgir *para além da* que está legalmente prescrita traz à evidência que não é possível aos sócios afastar a competência do tribunal da sede, nos termos do § 17(1) ZPO⁷¹⁶: o § 17 (3) ZPO está ali para abrir expressamente a possibilidade de, por convenção, se consagrarem outros *fora* gerais como competentes e, ademais, não limita a livre escolha do autor, em face de uma dada controvérsia, entre a competência legal do § 17 (1) ZPO e a(s) competência(s) convencionalmente

⁷¹⁶ V. por todos HERBERT ROTH, “§ 17 ZPO”, cit., Rn. 17, com indicações jurisprudenciais nas nn. 51 e 52.

determinada(s) nos termos do § 17 (3) ZPO⁷¹⁷. Não significa isto que esteja vedada a conformação voluntária do acesso aos tribunais para lá do que nessa norma encontramos: diferentemente, a sua inserção no conjunto de regras (§§ 12-19) que definem e dispõem sobre a “competência geral” (*allgemeiner Gerichtsstand*) permite lê-la no sentido de que *não* podem aqui, no quadro do § 17 (3) ZPO, introduzir-se diferenciações em função de particulares (tipos de) relações jurídicas, ou em função de determinados autores (a sociedade, os sócios, certo(s) sócio(s)); mas nada se infere no sentido de que tal não seja permitido em sede da celebração de pactos de jurisdição⁷¹⁸, instituidores nesse caso de regras de competência que poderão, se for o caso, *afastar a(s) regra(s) de competência geral*⁷¹⁹.

O § 22 ZPO institui uma competência especial para litígios que oponham a sociedade aos seus sócios enquanto tais, ou estes entre si, remetendo, quanto à determinação do elemento de conexão relevante, para o § 17 ZPO, e, nessa medida, para a competência geral legal (§ 17 (1)) ou convencionalmente (§ 17 (3)) estabelecida⁷²⁰.

O § 38 ZPO — com função análoga ao artigo 23.º de Bruxelas I, ou ao artigo 94.º do CPC português — pareceria à primeira vista fornecer a norma à luz da qual se avaliaria a conformidade de pacto jurisdicional estatutário que não se enquadrasse no § 17 (3) ZPO, tanto mais que só sob aquela, e não esta, poderia considerar-se abrigado o pacto com eficácia *exclusiva*, derogatória das competências legalmente prescritas. Pois bem: várias vezes criticam a adequação do § 38 ZPO para legitimar um tal pacto, em face do seu requisito de *Vereinbarung*, ou seja, de um *consentimento* ou *declaração de vontade*,

⁷¹⁷ Assim esclarece HERBERT ROTH, "§ 17 ZPO", cit., Rn. 17.

⁷¹⁸ Assim HERBERT ROTH, "§ 17 ZPO", cit.: "Tais limitações podem ser apenas conseguidas através de pactos de jurisdição nos termos dos §§ 38 e seguintes" (Rn. 17).

⁷¹⁹ Neste sentido REINHARD BORK, "Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Kapitalgesellschaften", in *ZHR*, n.º 157, 1993, p. 53.

⁷²⁰ V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 319; sublinhando a ausência de regra equivalente na Convenção de Bruxelas de 1968 (sem alterações, é sabido, nos Regulamentos de 2000 ou 2012), cfr. PETER MANKOWSKI, "EuGVÜ-Gerichtsstand für Gesellschafterhaftungsklage des Insolvenzverwalters", in *NZI*, 2., 1999, p. 56.

mais típico do contrato comutativo, e cuja perfeição seria no mínimo questionável no caso da mera inclusão em estatutos sociais e da ausência de manifestação de vontade *particularmente dirigida* àquela cláusula.

Daí que surja doutrinariamente a sugestão de uma interpretação que analogicamente estenda o último dos parágrafos citados, o § 1066 ZPO, às convenções estatutárias, não apenas *de arbitragem*, mas também *de escolha de um foro* (judicial). Este § 1066 ZPO prescreve: “*As disposições deste Livro aplicam-se com as devidas adaptações aos tribunais arbitrais instituídos por modo conforme à lei através de disposição testamentária ou outra não baseada em contrato*”.

Como MÜLBERT avisa, uma tal analogia não é, porém, isenta de reservas. Um primeiro ponto a observar é o de que a ZPO prevê expressamente duas possibilidades, em alternativa, para a instituição do tribunal arbitral: uma *contratual*, cujas formalidades vêm previstas no § 1031 ZPO, e uma *não contratual* (§ 1066 ZPO), à qual a doutrina dominante — mas não unânime⁷²¹ — foi assimilando a hipótese da cláusula arbitral estatutária. Qual o significado a atribuir ao facto de o legislador ter regulado, em sede de pactos de jurisdição, tão-só a via *contratual* (§ 38 ZPO), é questão não definitivamente respondida⁷²²; de todo o modo, entende MÜLBERT que a analógica consideração do §

⁷²¹ Como aponta REINHARD BORK, "Gerichtsstandsklauseln in Satzungen", cit., p. 59.

⁷²² Podemos brevemente notar que, em debate equivalente que se travasse por referência ao direito autónomo português, constante do CPC, não encontraríamos à partida uma semelhante duplicidade de critérios de aferição da validade e eficácia de convenções de arbitragem, consoante se firmem por contrato (*Vereinbarung*) ou antes se baseiem em disposições não fundadas em contrato (*nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung*): a Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa dedica o seu artigo 2.º aos "requisitos da convenção de arbitragem" e elabora nessa sede em volta do conceito de "forma escrita", sem que aqueloutra duplicidade possa ver aqui uma explícita réplica. Em tese poderia ser ponderada, se normativamente justificável, a possibilidade de uma consagração da admissibilidade da cláusula estatutária entrever-se na equiparação ao preenchimento dos requisitos de validade da convenção de arbitragem da "remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo" (artigo 2.º, n.º 4, da LAV). Mas são muitos os escolhos que se interpõem: desde logo, nas transmissões *inter vivos*, o contrato por efeito do qual se transmitam as participações sociais não tem sempre que necessariamente revestir a forma escrita — a segurança jurídica aconselhá-lo-á em mais casos, mas apenas o impõe na transmissão de quotas (art. 228.º, n.º 1, do CSC), não de ações (cfr. os revogados arts. 326.º e 327.º do CSC e sobretudo os vigentes arts. 101.º e 102.º do CVM — sobre estes e outras

1066 ZPO para reger os pactos de jurisdição, a admitir-se⁷²³, sofreria sempre um desvio digno de nota, uma vez que, segundo a jurisprudência e doutrina dominante, qualquer introdução ou supressão estatutária de cláusula de escolha de foro (por analogia com a cláusula compromissória) careceria de *unanimidade*⁷²⁴.

Pode a competência jurisdicional para litígios intrassocietários ser objeto de uma cláusula estatutária? O ponto de partida em face da lei (processual) alemã é para MÜLBERT o § 17 (3) ZPO já citado, de onde se pode deduzir o princípio de que em geral aquela regulamentação é admissível.

O obstáculo que, aparentemente, se levanta em seguida, mais propriamente societário, resulta da regra segundo a qual, no direito alemão das sociedades por ações, os

disposições relevantes dentro do CVM, v. por todos ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Secção IV — Transmissão de acções", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 493 ss.). Aliás, se o paralelo fosse traçado com a lei alemã, pouco ou nada se adiantaria em favor dessa impositação: é que o dito art. 2.º, n.º 4 da LAV, é tanto mais longinquamente assimilável a uma intenção normativa equiparável à do § 1066 ZPO quanto se apresenta como uma tradução quase literal do § 1031 (3) ZPO (que, como dissemos agora em texto, corporiza a dita via *contratual* de recurso à arbitragem).

⁷²³ O Autor (*ob. cit.*, p. 321) parte provisoriamente da subsunção ao § 38 ZPO, e não (analogicamente) ao § 1066 ZPO, mas sublinha que uma posição definitiva (que acaba por tomar em sentido diverso: v. p. 338, e tb. *infra*, no nosso texto correspondente à n. 773) só será possível após a análise que o Autor empreende das implicações do art. 23.º de Bruxelas I para esta classificação.

⁷²⁴ *Vide* as referências citadas por PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., nn. 28-30 (pp. 320-321), entre as quais PETER SCHLOSSER, "§ 1066 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 9 (§§ 916-1068 - EG ZPO), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, Rn. 12; mas *contra* (ao remeter para as regras gerais de alteração do contrato social, §§ 179-181 AktG) MARCUS LUTTER, "Vorb. § 53a AktG", in WOLFGANG ZÖLLNER (HRSG.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1 (§§ 1–75 AktG)*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, Rn. 20. O entretanto tirado e muito comentado acórdão do BGH de abril de 2009 — em que se estabelece importante doutrina sobre as condições de validade de uma convenção de arbitragem no contexto societário, sendo que no caso se tratava particularmente da discussão sobre a arbitrabilidade da impugnação de deliberações sociais de uma sociedade por quotas (*GmbH*) — não altera neste ponto a jurisprudência anterior: exige-se que a cláusula arbitral seja inserida nos estatutos "com a concordância de todos os sócios", ou, alternativamente, conste de documento extra-estatutário subscrito por "todos os sócios e a sociedade" (BGH, "*Schiedsfähigkeit II*", II ZR 255/08, BGHZ 180 221-235 (2009.04.06), n.º 20 (p. 228); para uma primeira análise, entre nós, v. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "Arbitragem de litígios societários", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, 2011 (sep.), *maxime* pp. 45 ss., onde o Autor aborda a questão da maioria vs. unanimidade também à luz da lei alemã, opinando mesmo que, nesse quadro normativo germânico, a exigência de apenas maioria seria a solução que melhor se harmonizaria com a subsunção das "disposições arbitrais estatutárias" ao § 1066 ZPO: *ob. cit.*, p. 24, n. 40).

estatutos “*apenas podem derrogar esta lei quando isso seja expressamente admitido. Disposições complementares (ergänzende Bestimmungen) são admitidas, exceto quando esta lei contenha uma regulamentação definitiva (abschließende Regelung)*”: falamos do muito glosado § 23 (5) AktG⁷²⁵.

Esta regra é aplicável a qualquer cláusula inserida em estatutos sociais de sociedades por ações, e portanto também à que se dedique a uma escolha de foro. Daí não resulta, contudo, qualquer contradição de princípio com o atual artigo 25.º de Bruxelas Ia: esta última norma tem precedência sobre as disposições de direito nacional que imponham requisitos ou limitações à validade de pactos de jurisdição⁷²⁶, mas apenas quando esses requisitos sejam *funcionalmente idênticos (funktionsgleich)*⁷²⁷ aos do dito artigo 23.º de Bruxelas I. Vale por dizer que, inversamente, este não afasta a aplicação de toda e qualquer regra de direito nacional que apenas “de facto dificulte a eficaz

⁷²⁵ Para a interpretação em geral desta regra, pode ver-se UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 34 ss.; v. tb., com interesse no seu confronto com a sanção de nulidade do § 241 (3) AktG, ULRICH HUBER, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", in NORBERT HORN (HRSG.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart — Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Band II, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, pp. 184 ss..

⁷²⁶ Tais como os §§ 38 e 40 ZPO alemães, ou paralelamente o art. 81.º CPC. V. tb. e por todos JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 16.

⁷²⁷ Idêntica expressão é utilizada a este propósito por JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 21, mas indo aparentemente um pouco mais longe: "Inaplicáveis são também as especiais regras nacionais que sejam funcionalmente idênticas aos requisitos de forma do Art. 23, na medida em que se dirijam à garantia da segurança jurídica e de um efetivo consentimento" (*indem sie Rechtssicherheit und eine tatsächliche Willenseinigung gewährleisten sollen*) — mais longe, dizíamos, uma vez que parecem os Autores mais explicitamente sugerir que qualquer regra nacional com esse específico escopo (segurança jurídica; efetivo consentimento) não poderia ser aplicada. Cita-se a esse propósito o acórdão TJUE, *Elefanten Schuh*, 1981.06.24, cit., onde encontramos de facto (*maxime* n.ºs 24-29) a defesa da exclusividade dos requisitos *formais* estabelecidos no Regulamento, afastando as leis nacionais. Mas não deixe de notar-se que o TJUE, no n.º 25 do acórdão citado, efetivamente remete para a exclusividade dos requisitos *formais*, dizendo-nos como KROPHOLLER e VON HEIN que o objetivo é a segurança jurídica e a garantia do efetivo consentimento; mas, diversamente do que estes Autores parecem naquela *nuance* querer inculcar, o citado n.º 25 do acórdão está a ponderar os *requisitos formais* ("formal requirements" na versão inglesa (inexiste tradução oficial portuguesa)), e não mais amplamente, como se escreve, *ob. e loc. cit.*, no início de Rn. 21: "limitações à prorrogação, sejam elas de tipo formal ou material" (sublinhado nosso).

celebração de pactos de jurisdição”⁷²⁸, e por conseguinte deixa intocada uma norma jussocietária como a do § 23 (5) AktG — opinião não indiscutível⁷²⁹ de MÜLBERT, diga-se, mas com efetivo apoio literal no acórdão *Powell Duffryn*, que, expressamente e sem visíveis reservas, pressupõe a adoção da cláusula estatutária jurisdicional “*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e com os próprios estatutos*”.

É, pois, atendendo ao teor desse § 23 (5) AktG que hão de definir-se (nas sociedades por ações alemãs) os termos da correspondente interação com as demais regras nacionais e europeias sobre competência internacional.

Aqui, importa atentar numa manifesta diferença entre o direito alemão e o direito português: ao passo que na lei alemã são várias as disposições que identificam o tribunal *territorialmente* competente — o que, segundo entendimento dominante, preenche uma *dupla funcionalidade* de outrossim designar o tribunal *internacionalmente* competente⁷³⁰ —, são uma raridade na lei societária portuguesa semelhantes prescrições. Não obstante a referência ao recurso a *tribunal*, e o emprego desta palavra, sejam uma constante ao longo do Código das Sociedades Comerciais, apenas num único caso essa referência vem

⁷²⁸ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 322.

⁷²⁹ Contra, HARALD KOCH, "Internationale Prorogation im Statut einer Aktiengesellschaft?", in *IPrax*, Heft 1, 1993, p. 21: estando em causa a eficaz incorporação nos estatutos, tal deve decidir-se de acordo com o estatuto pessoal da sociedade, não estando a matéria abrangida pelo então art. 17.º da Convenção de Bruxelas; mas já a questão da "admissibilidade jurídico-societária" (*gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit*), nos termos do § 23 (5) AktG, estaria subtraída à lei nacional, enquanto "especial limitação à prorogação" cujo regime estaria esgotado pelo art. 23.º de Bruxelas I; logo, este artigo, e não o § 23 (5) AktG, regeria essa "admissibilidade jurídico-societária".

⁷³⁰ Assim o BGH, VII ZR 359/83, BGHZ 94 156-160 (1985.04.18), p. 157 ("*segundo jurisprudência dominante do BGH, a ZPO não regula a competência internacional de modo expresso e imediato, mas sim, fundamentalmente, apenas de modo mediato, através de remissão tácita para os §§ 12 ss. da ZPO. Se de acordo com estas disposições um tribunal alemão é territorialmente competente, então será também internacionalmente competente*"); BGH, IVb ZR 19/88 (Oldenburg), NJW 1989 1356-1357 (1989.01.25), p. 1356 (no mesmo sentido, mas ressalvando ainda que esta *coincidência*, como lhe chamamos também entre nós a propósito da (legalmente regulada) base de competência internacional do art. 62.º, a), do CPC, existe *apesar* (e não *por causa*) das diferenças que separam a competência *internacional* da *territorial*, "quanto à sua essência e à sua função"); REINHARD BORK, "Gerichtsstandsklauseln in Satzungen", cit., p. 49; PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 322; HAIMO SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, cit., Rn. 266.

expressamente acompanhada de uma regra de competência territorial: veja-se o 223.º, n.º 3, que, em matéria de nomeação judicial do representante comum dos contitulares de quota indivisa, designa como competente o “*tribunal da comarca da sede da sociedade*”⁷³¹.

Diversamente, como avançámos, é pródiga a lei alemã na identificação de *foros da socialidade* para certos litígios, conforme um relance apenas sobre a *Aktiengesetz* permite comprovar. Assim: ações relativas a inquérito judicial por recusa de informação solicitada à administração⁷³²; de impugnação de quaisquer deliberações sociais, em geral, seja por anulação de deliberação anulável⁷³³ ou declaração da sua nulidade⁷³⁴; em particular quanto a certas deliberações⁷³⁵, de impugnação (por nulidade⁷³⁶ ou anulabilidade⁷³⁷) da escolha de membros do conselho geral pela assembleia, de impugnação (por nulidade⁷³⁸ ou anulabilidade⁷³⁹) da destinação a dar aos lucros do exercício, de impugnação do aumento de capital por novas entradas⁷⁴⁰; de impugnação (por nulidade⁷⁴¹ ou anulabilidade⁷⁴²) da deliberação anual de aprovação de contas; e por fim, quanto à própria sociedade, a declaração da sua nulidade⁷⁴³ ou a dissolução⁷⁴⁴. Em

⁷³¹ V. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas — Vol. I — Artigos 197.º a 239.º*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 513; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 223.º — Representante comum", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 406.

⁷³² § 132 (1) AktG, analogamente ao art. 292.º CSC.

⁷³³ § 246 (3), 1.º período, AktG.

⁷³⁴ § 249 (1), 1.º período, AktG.

⁷³⁵ A saber, todas as deliberações incluídas no subparágrafo dedicado à "*nulidade de determinadas deliberações da assembleia geral*", onde, pese embora essa epígrafe, se regulam também hipóteses de *anulabilidade*: cfr. §§ 250 a 255 AktG, a referir discriminadamente em seguida.

⁷³⁶ § 250 (3), 1.º período, AktG.

⁷³⁷ § 251 (3) AktG.

⁷³⁸ § 253 (2) AktG.

⁷³⁹ § 254 (2), 1.º período, AktG.

⁷⁴⁰ § 255 (3) AktG.

⁷⁴¹ § 256 (7), 1.º período, AktG.

⁷⁴² § 257 (2) 1.º período, AktG.

⁷⁴³ § 275 (4) AktG.

⁷⁴⁴ § 396 (1), 2.º período, AktG.

suma, para todas estas ações⁷⁴⁵ é *exclusivamente* competente o *tribunal da comarca da sede da sociedade* (“*das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat*”), no fraseado do § 132 (1) AktG). E o mesmo se aplica, desde 2005, às ações sociais de responsabilidade *ut singuli*, bem como aos pedidos de admissibilidade da ação (*Klagezulassung*) que lhe dizem respeito, tais como regulados pela *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts* (ou simplesmente *UMAG*) em alteração à *Aktiengesetz*⁷⁴⁶.

Ora, no tocante às competências jurisdicionais assim legalmente alocadas pela lei alemã (AktG), e porque inexistem explicitadas nesses casos liberdades de estipulação em sentido diverso, trata-se de *competências inderrogáveis*: de nada valerão cláusulas de escolha de foros diversos, alternativos ou exclusivos. Já para além da fronteira dessa inderrogabilidade, ou seja, no que respeita a ações sociais às quais não se aplique nenhuma das citadas regras (ou outras com semelhante imperatividade), a *Satzungsstrenge* não se faz sentir. Não se poderia, com efeito, em face da positivação de todas aquelas outras fórmulas processuais-societárias, entender a ausência de um geral reconhecimento legal expresso da validade do pacto de jurisdição estatutário como sua proibição de princípio: antes deverá o mesmo, para MÜLBERT, ser em regra visto como uma lícita *disposição complementar*, no sentido do § 23 (5), 2.º período, da AktG⁷⁴⁷, um dado aliás confirmado pela comumente aceite aplicabilidade, também às sociedades anónimas, das regras sobre as competências gerais da ZPO (§ 17 e 22 ZPO), entre as

⁷⁴⁵ Listadas (de forma não completa) por PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 322 — fora dessa enumeração ficaram os §§ 250, 253 e 256 AktG, certamente por mero lapso (a remissão para o § 246 (3), 1.º período, AktG, operada por quase todas as normas citadas nas notas anteriores, está identicamente presente no § 250 (3) AktG; no § 253 (2) AktG a remissão é indireta, por via da referência feita ao § 249 AktG, tal como sucede no § 256 (7) AktG).

⁷⁴⁶ § 148 (2) ("*das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat*") e (4) ("*vor dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht*") AktG. Sobre aquela alteração, em breve relance mas com indicações, cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 27 ss.; v. HOLGER FLEISCHER, "Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts", in *NJW*, n.º 49, 2005, pp. 3525 ss..

⁷⁴⁷ Neste sentido também a jurisprudência alemã citada *supra*, v. n. 89 e texto correspondente.

quais se inclui, como vimos, a possibilidade de acrescentar estatutariamente um foro de competência geral (§ 17 (3) ZPO)⁷⁴⁸.

Pois bem: se *jurídico-societariamente* temos, dentro desse espaço de conformação e até mesmo em sociedades por ações alemãs, uma cláusula lícita em tanto que “disposição complementar”, *jurídico-processualmente* teremos ainda que nos perguntar quais as exigências impostas para a plena validade do pacto (sim, porque — recorde-se o ponto de partida de MÜLBERT — as normas jurídico-societárias nacionais sobre os estatutos sociais não contradizem, nem tão-pouco são contrariadas, pelas normas europeias sobre os pactos de jurisdição: move-nos também nesta indagação, é sabido, a busca da justa concatenação destes dois prismas fundamentais).

É neste ponto que se questiona, num plano de direito processual, sob que padrões é de avaliar a *conformidade jurídico-processual* do dito pacto, para o que nos são apresentadas por MÜLBERT três hipóteses: aplicação exclusiva da norma de competência internacional *interna*; aplicação exclusiva da *europeia*; ou paralela aplicação de ambas, tudo dependendo afinal do âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas I, por sua vez (até certo ponto) função do *domicílio* dos sócios pactuantes ou deliberantes — pois se é verdade que Bruxelas I tem prevalência sobre os direitos nacionais autónomos da competência internacional, essa prevalência cinge-se ao respetivo âmbito de aplicação⁷⁴⁹,

⁷⁴⁸ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 322-323. Por último, neste confronto da cláusula jurisdicional estatutária com as exigências do § 23 (5) 2.º período, da AktG, MÜLBERT entende que, enquanto *disposição complementar*, a cláusula é lícita independentemente de o seu efeito ser apenas *derrogatório* de uma competência legalmente estabelecida, ou antes *prorrogatório* ao fundar voluntariamente uma nova competência: *ob. cit.*, p. 323.

⁷⁴⁹ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 323. Mas convém notar, em se tratando de sociedade *domiciliada* em Estado-membro (sobre o critério do domicílio societário, v. art. 60.º, n.º 1, de Bruxelas I, e hoje art. 63.º, n.º 1, de Bruxelas Ia), que a circunstância de a sociedade, ao menos nas ações sociais de responsabilidade, ser *necessariamente parte na ação* (ou porque é autora, nos termos do art. 75.º do CSC, ou porque deve "ser chamada à causa", segundo o art. 77.º, n.º 4, do CSC) permite interpretar o Regulamento Bruxelas I no sentido de que estaremos sob o seu império sempre que o tribunal de um Estado-Membro seja o designado, independentemente do domicílio dos sócios, pois uma das partes (a sociedade) estará sempre "domiciliada no território de um Estado-Membro" (art. 23.º, no

ao passo que de facto poderá, v.g., haver sócios não domiciliados em Estado-membro, em relação aos quais, portanto, não é através do Regulamento Bruxelas Ia que é determinada a sua “demandabilidade” *objetiva* num Estado-membro, antes sim através das autónomas regras de competência internacional do Estado do foro demandado⁷⁵⁰; mas aos quais será já aplicado o artigo 25.º de Bruxelas Ia se, por *acordo*, escolherem como internacionalmente competente o tribunal de um Estado-membro, *independentemente do domicílio de qualquer das partes* (sócios e a própria sociedade), uma vez que, como sabemos, é hoje suficiente a *electio iudicis* em favor de *tribunal de um Estado-membro* para que o artigo 25.º de Bruxelas Ia se aplique⁷⁵¹.

Por isso que uma aplicação paralela de ambas as regras traria consigo novas e acrescidas dificuldades, MÜLBERT esquiça com pormenor⁷⁵² as diferenças fundamentais entre a regra autónoma alemã (§ 38 ZPO) e o artigo 23.º de Bruxelas I. Numa breve súmula do que nesta sede⁷⁵³ interessa, apontam-se as particularidades da definição do âmbito de aplicação do artigo 23.º de Bruxelas I, em especial *ratione temporis* e *ratione personae*. É importante sublinhar que, no quadro do § 38 ZPO alemão, se aceitam pactos de jurisdição prévios ao surgimento do litígio, mas apenas entre comerciantes (*Kaufleute*) ou pessoas jurídicas (ou patrimónios autónomos) de direito público (cfr. § 38 (1) e (3) ZPO). O que significa que um pacto de jurisdição estatutário envolvendo acionistas-

articulado de 2001). Com o Regulamento Bruxelas Ia, este último exercício perde relevância visto que a mesma regra se aplicará, nos dizeres do agora art. 25.º, "se as partes, *independentemente do seu domicílio*, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro (...)".

⁷⁵⁰ Cfr. art. 6.º, n.º 1, Bruxelas Ia.

⁷⁵¹ V. *supra*, p. 170.

⁷⁵² V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 324-336; para breve indicação da não relevância das *Prorogationserschwerungen* do § 38 ZPO no domínio de aplicação do então art. 17.º da Convenção de Bruxelas de 1968, REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung — Band I — 1. Halbband: Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, Verlag C. H. Beck, München, 1983, p. 902.

⁷⁵³ Acerca da discussão sobre a vinculação de fundadores vs. sócios por aquisição derivada de participações, v. ainda PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 351 ss., em especial sobre a desnecessidade, na sua opinião, de consentimento de todos os sócios para a inserção da cláusula, bem como a não incompatibilidade dessa inserção com a legalmente exigida igualdade de tratamento dos acionistas (§ 53a AktG).

peças singulares, que não sejam comerciantes, poderia ser considerado inválido em face do § 38 ZPO⁷⁵⁴, ao passo que o mesmo não o seria à luz do artigo 23.º de Bruxelas I. A complexidade nesta aferição de validade adensa-se quando verificamos uma certa *fluides* no âmbito de aplicação desta última regra, visto que é defensável que um pacto de jurisdição, originariamente com características *puramente internas* e por isso, *na aparência, alheio* ao Regulamento Bruxelas I, venha a ser-lhe sujeito em consequência, v.g., de uma alteração de domicílio de um dos signatários, introdutória de um elemento de estraneidade desencadeador da plena vigência de Bruxelas Ia⁷⁵⁵; ou ainda, hoje, em consequência da entrada em vigor de Bruxelas Ia também para entidades não domiciliadas em Estados-membros que escolherem os tribunais de um destes como competentes (artigo 25.º, n.º 1), o que pode levar a que sociedades e sócios extraeuropeus (por exemplo, angolanos) que escolheram tribunais de um Estado-membro (v.g., os portugueses), passem a ver a validade e eficácia de uma tal eleição ser regida pelo novo artigo 25.º⁷⁵⁶. Tudo isto em acréscimo, recorde-se, do entendimento, que merece o nosso aplauso, de que o artigo 25.º de Bruxelas Ia deve aplicar-se mesmo que, abstraindo da *electio iudicis*, todos os demais elementos de facto e de direito da relação jurídica apresentem contactos com apenas uma ordem jurídica, diversa da do tribunal escolhido⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ A invalidade é na hipótese a *nulidade* (*ex vi* § 134 BGB): assim REINHARD BORK, "Gerichtsstandsklauseln in Satzungen", cit., p. 57, PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 335, 336.

⁷⁵⁵ V. já *supra*, n. 375 e texto correspondente.

⁷⁵⁶ V. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.20, dando o exemplo de sociedades constituídas respetivamente em Nova Iorque e no Brasil, que celebram contrato em Espanha que inclui cláusula de atribuição de jurisdição (exclusiva) aos tribunais ingleses: estes serão internacionalmente competentes, à luz do Regulamento, não havendo como invocar regras nacionais para o negar; os tribunais espanhóis terão que declinar o julgamento da lide se demandados, mesmo que o seu direito processual civil internacional autónomo lhes reconhecesse competência (e salvo comparência do réu que conduza a *submissão tácita*, nos termos do art. 26.º); e, nos termos do art. 31.º, n.º 2, os tribunais espanhóis teriam que suspender a instância até que um tribunal inglês, se demandado, decidisse sobre a sua própria competência.

⁷⁵⁷ *Supra*, pp. 207 ss..

Embora de cariz diverso, comparáveis dificuldades surgiriam numa tentativa de articulação entre o artigo 23.º de Bruxelas I ou 25.º de Bruxelas Ia e o direito autónomo português da competência internacional: veja-se o artigo 94.º do CPC. É que neste encontramos (no seu n.º 3) uma série de exigências cumulativas para a validade do pacto atributivo ou privativo de jurisdição, não divisáveis em Bruxelas I(a)⁷⁵⁸, designadamente: “a) Dizer respeito a um litígio sobre direitos disponíveis”, ao passo que Bruxelas Ia e a extensão de competência autorizada pelo seu artigo 25.º se aplicam sem aparentes limitações em toda a “matéria civil e comercial”⁷⁵⁹; “b) Ser aceite pela lei do tribunal designado”, um afloramento da relevância da “competência internacional indireta” sem paralelo no Regulamento, fazendo transparecer uma diferença estrutural entre as regras de conflitos de jurisdições da lei autónoma portuguesa (unilaterais) e as do direito derivado da União Europeia (bilaterais, ainda que com a conhecida limitação de se aplicarem tão-só à designação ou reconhecimento de competência internacional aos tribunais dos Estados-membros); “c) Ser justificada por um interesse sério de ambas as partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra”, um controlo de “seriedade” que tem um paralelo na autonomia conflitual quanto à lei aplicável nos

⁷⁵⁸ V. já, então por referência à Convenção de Bruxelas, ROLF C. RADTKE, "Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen nach portugiesischem Recht", in *RIW*, 1984, pp. 274 ss.; CHRISTIAN KOHLER, "Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction «dans le commerce international» par l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle redaction", in *Dir. comm. int.*, 4.2, 1990, p. 615; RUI MANUEL MOURA RAMOS, "L'Adhésion du Portugal aux Conventions Communautaires", cit., pp. 156 ss.; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., pp. 125-126. Cfr. tb. ALEXANDER RATHENAU, *Die Anwendung des EuGVÜ durch portugiesische Gerichte unter Berücksichtigung des autonomen internationalen Zivilverfahrensrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main et al., 2007, pp. 117 ss.; FERNANDO A. FERREIRA PINTO, "Die Reform des nationalen Zivilprozeßrechts als Angleichung: Das Beispiel Portugal", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 372, 375. Sobre a aplicação em Portugal das Convenções de Bruxelas e de Lugano em parte dos anos 1990, v. ainda JOSÉ EDUARDO TAVARES DE SOUSA, "A Convenção de Bruxelas de 1968 e a Convenção paralela de Lugano de 1988 na jurisprudência portuguesa (1993-1997)", in ERIK JAYME (HRSG.), *Das Recht der lusophonen Länder — Tagungsreferate, Rechtsprechung, Gutachten*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 29 ss..

⁷⁵⁹ Sobre o que esta cobre, v. já *supra* pp. 177 ss..

termos do Código Civil português (artigo 41.º, n.º 2: “(...) *lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes (...)*”⁷⁶⁰), mas ausente do mais “liberal”⁷⁶¹ quadro normativo europeu (Bruxelas Ia e Roma I, respetivamente)⁷⁶²; “e) *Resultar de acordo escrito ou confirmado por escrito (...)*”⁷⁶³, um leque de possibilidades formais menos amplo que o reconhecido por Bruxelas Ia, como sabemos⁷⁶⁴.

Ora, significa isto que, consoante o pacto de jurisdição estatutário seja apreciado em face do artigo 94.º do CPC ou antes pela bitola do artigo 25.º de Bruxelas Ia, a sua validade *dependerá ou não* de estarem em causa *direitos disponíveis*; da aceitação pela *lex fori prorogati*⁷⁶⁵; da justificação do acordo por um *interesse sério* das (ou de uma das) partes, no pressuposto de que não há *inconveniente grave* para nenhuma; da forma utilizada. Estamos, é bem de ver, perante requisitos marcadamente distintos, e a fluidez espaço-temporal de Bruxelas Ia, se fosse acompanhada da aceitação de uma paralela aplicação dos requisitos europeus e nacionais-autónomos, seria suscetível de gerar situações absurdas. Pense-se, no caso alemão (cfr. § 38 ZPO), no indivíduo que subscreve originariamente o pacto de jurisdição estatutário (porque celebra o originário contrato de sociedade), sendo pessoa singular e não comerciante, mas que posteriormente desloca o seu domicílio para o território de um outro Estado-membro, daí nascendo a internacionalidade da relação jurídica: este simples facto estaria aparentemente a alterar o quadro normativo definidor da validade e eficácia do pacto de jurisdição estatutário de uma sociedade que,

⁷⁶⁰ Lembrando já este paralelo e analisando o requisito do “interesse sério”, v. MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, “Competência internacional e autonomia privada”, cit., p. 191.

⁷⁶¹ Falando também no “liberal artigo 23.º, n.º 1, Bruxelas I”, v. p. ex. JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 465.

⁷⁶² V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A aplicação de um pacto de jurisdição”, cit., p. 33: “no regime comunitário, não se encontra nada de parecido com o estabelecido no art. 99.º, n.º 3, alínea c), do CPC”; esta última “disposição destina-se a evitar que uma das partes possa impor à outra a escolha de um foro no qual ela tenha dificuldade em propor uma acção ou em defender-se de uma acção proposta”.

⁷⁶³ Quanto a este requisito, cfr. ainda o n.º 4 do art. 94.º do CPC.

⁷⁶⁴ V. *supra*, pp. 255 ss.. O art. 94.º, n.º 3, CPC, contém ainda uma outra alínea que, porém, não vai em sentido diverso do direito da União Europeia nesta matéria: “d) *Não recair sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses*”; cfr. o art. 25.º, n.º 4, de Bruxelas Ia.

⁷⁶⁵ Usando esta expressão para designar a lei do *forum prorogatum*, v., designadamente, MARTIN GEBAUER, “Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht”, cit., p. 588.

em rigor, pode até desconhecer o domicílio do seu membro (basta pensar nas ações ao portador). Coteje-se ainda, no caso português (cfr. o artigo 94.º do CPC), a hipótese da pessoa que, numa situação inicial de cariz puramente interno, é acionista fundadora de sociedade anónima em cujos estatutos consta um pacto de jurisdição, mas posteriormente desloca o seu domicílio ou sede⁷⁶⁶ para o território de outro Estado: as eventuais dúvidas sobre a *disponibilidade* do direito social controvertido, ou sobre o *inconveniente grave* que a litigância perante o foro escolhido coenvolve, parecem deixar de ser condição de validade e eficácia, a partir do momento em que se apague a aplicabilidade do artigo 94.º do CPC e entremos na esfera do artigo 25.º de Bruxelas Ia. Ou até, visto numa outra perspetiva: tratar-se-ia de hipóteses em que, indiretamente, a norma autónoma nacional de conflitos de jurisdições teria um *efeito sobrevivo* que poria em causa a aplicação da norma de direito da União Europeia, entretanto convocada em razão da sobrevinda internacionalidade da relação jurídica⁷⁶⁷.

Se a isto juntarmos, lembra MÜLBERT, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça admite que a internacionalidade pressuposta na aplicação de Bruxelas Ia emane de *factos ulteriores* à celebração do próprio pacto de jurisdição, bastando em geral que estejam reunidas as suas condições de eficácia *na data da propositura da ação*⁷⁶⁸, vemos como esta indeterminação desafia a lógica subjacente ao *registo comercial* dos atos societários, de tal modo que, em bom rigor, o controlo de legalidade⁷⁶⁹ fica impossibilitado quanto a

⁷⁶⁶ Ou melhor, o termo é sempre *domicílio*, ainda que se trate de pessoa coletiva, para efeitos de Bruxelas Ia: cfr. o seu art. 63.º.

⁷⁶⁷ Assim PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 336-337.

⁷⁶⁸ V. *supra*, pp. 170 ss. e 207 ss..

⁷⁶⁹ De acordo com o *princípio da legalidade* inscrito no art. 47.º do Código do Registo Comercial: "*A viabilidade do pedido de registo a efectuar por transcrição deve ser apreciada em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores, verificando-se especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal dos títulos e a validade dos actos nele contidos*". O registo da constituição (art. 3.º, n.º 1, *a*), do CRCCom) e da alteração do contrato de sociedade (art. 3.º, n.º 1, *r*), do CRCCom) são efetuados por transcrição, *ex vi (a contrario sensu)* art. 53.º-A, n.º 5, CRCCom. Sobre as funções do registo mercantil (também) de sociedades, a partir do direito espanhol e com enfoque nas

este particular aspecto de regime. Não será no mínimo razoável exigir-se que, no momento em que é requerido o registo de constituição ou alteração estatutária e concomitantemente depositado o “*texto actualizado do contrato ou estatuto*”⁷⁷⁰, seja possível, ao conservador e a qualquer interessado, proceder a um *definitivo controlo de validade* da cláusula estatutária atributiva de jurisdição? A manutenção de cláusula aparentemente inválida por força do direito nacional autónomo (por se aceitar que este é competente) não parece, é evidente, uma boa solução; mas tão-pouco convence a sugestão de ignorar a possivelmente superveniente validade e eficácia de cláusula à partida nula, por alteração do padrão de medição das respetivas condições (do direito autónomo, primeiro, para Bruxelas Ia, depois), aguardando que ela eventualmente surja: não só o dito *controlo de legalidade* sai afectado com uma tal proposta, como ainda causaria francas dúvidas de compatibilidade com as regras de direito da União Europeia o resultado a que chegaríamos se, porque e enquanto o padrão é o do direito autónomo nacional (antes de sobrevinda a estraneidade à ordem jurídica interna), o acionista descontente com a cláusula (no seu entendimento) violadora do direito autónomo nacional propusesse, e obtivesse ganho de causa, em ação judicial que declarasse a nulidade da cláusula estatutária de escolha de foro⁷⁷¹.

No fundo, digamos, se é verdade que os defensores da aplicação do direito autónomo enquanto não haja internacionalidade poderiam arguir a fraqueza desta sua mera eventualidade para desencadear a aplicação de Bruxelas Ia, os arautos da tese oposta sempre teriam em seu favor o argumento de que, a negar-se esta *pré-eficácia* (*Vorwirkung*) de Bruxelas Ia, estaríamos a fazer perigar a sua aplicabilidade, com o que

situações internacionais, v. em pormenor RAFAEL ARENAS GARCÍA, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

⁷⁷⁰ Cfr. art. 72.º, n.º 2, do CRCCom. V. tb. o art. 59.º, n.º 2, do mesmo diploma, e sobre este MARGARIDA LIMA REGO, "O contrato de sociedade como documento", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 481 ss..

⁷⁷¹ Quanto a este último aspeto, PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 337.

se conduziria a uma *latência* da solução autónoma de direito nacional, pouco compatível com o valor supranacional das regras inscritas em regulamentos da União Europeia.

Vai-se afigurando evidente que uma interpretação do direito em vigor quanto a este ponto não convence se colocar em paralelo a aplicação dos dois aludidos sistemas de regras de competência internacional; e menos ainda se der prevalência ao sistema autónomo, claro está. A solução proposta por MÜLBERT consubstancia-se, pois, em dar uma *absoluta prioridade* à aplicação do artigo 23.º de Bruxelas I, *mesmo quando a situação jurídica é meramente interna* e, por conseguinte, em face das regras sobre o âmbito de aplicação desse Regulamento, a sua aplicabilidade se afiguraria à partida como meramente potencial. É como se, na linguagem cunhada por BAPTISTA MACHADO⁷⁷² (para as normas materiais, bem entendido), o *âmbito de competência* do artigo 23.º de Bruxelas I se estendesse aqui para um círculo idêntico ao do — e assim coincidissem sempre com o — respetivo *âmbito de eficácia*, quando estejamos perante as peculiaridades referidas⁷⁷³. Parece-nos a boa solução de princípio para o caso, que colocámos em geral como hipótese e agora se materializa no contexto jurídico-societário, de uma cláusula atributiva de jurisdição *estatutária* atribuir a tribunais de um Estado-membro competência internacional e *todos os demais* elementos de facto e de direito da relação jurídica apresentarem contactos com apenas *uma* ordem jurídica, diversa da do tribunal escolhido; com a ressalva de que as circunstâncias do caso podem erigir obstáculos ou limites a uma válida invocação ou exercício de uma tal cláusula⁷⁷⁴.

O efeito é semelhante, pois, ao de uma dita *pré-eficácia* do artigo 23.º de Bruxelas I (ou 25.º de Bruxelas Ia), mesmo quando, perante a factualidade concreta, as condições

⁷⁷² Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, cit., pp. 9 ss., *passim*, e sobretudo JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, cit., p. 4, *passim*.

⁷⁷³ MÜLBERT traça um paralelo com a aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958 em matéria de forma da convenção de arbitragem, sempre que esta *potencialmente* conduza a uma sentença arbitral estrangeira (portanto carecedora de reconhecimento e execução no Estado do foro, se daí se pretende dela retirar efeitos enquanto ato jurisdicional): v. ainda, tb. aí citado, PETER SCHLOSSER, "Anhang § 1061 ZPO", cit., Rn. 28.

⁷⁷⁴ V. *infra*, *maxime* pp. 478 ss..

para a sua aplicação (ainda) não estejam preenchidas e aparentemente se devesse recorrer ao direito autónomo da competência internacional. Afigura-se como o modo de evitar que, indiretamente, o direito autónomo nacional coloque entraves à plena aplicabilidade de normas inseridas nos regulamentos comunitários⁷⁷⁵, *obrigatórios* em todos os seus elementos e *diretamente aplicáveis* em todos os Estados-membros, nos termos do artigo 288.º do TFUE.

Isto relevaria diretamente para a vida das sociedades com cláusulas jurisdicionais inseridas nos seus estatutos, mesmo que nelas por hipótese não se divisasse a mais pequena centelha de transnacionalidade: é que, a aceitar-se este arrazoado, e retomando o exemplo alemão⁷⁷⁶, não poderia impugnar-se um pacto de jurisdição estatutário com fundamento (apenas) em que, ao celebrar-se o contrato de sociedade que o contém, ou ao deliberar-se supervenientemente a sua introdução por alteração estatutária, um ou mais acionistas da *Aktiengesellschaft* não gozassem do estatuto de *Kaufleute*; ou, retomando o exemplo português⁷⁷⁷, com fundamento em que, para, *v.g.*, um acionista de uma sociedade anónima de direito português, o foro escolhido causaria *inconveniente grave*.

⁷⁷⁵ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 337-338.

⁷⁷⁶ Cfr. § 38 ZPO; *v. supra*, n. 754 e texto correspondente. De todo o modo, na discussão entre a aplicabilidade do § 38 ZPO ou, antes, por analogia, do § 1066 ZPO, MÜLBERT é da opinião que deve aplicar-se a última, sendo que, quando no seu teor se faz menção a "tribunais arbitrais instituídos por modo conforme à lei", essa *conformidade à lei* há de ser exclusivamente aferida em face do art. 23.º de Bruxelas I (PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 338). Talvez só uma ânsia de sistematização justifique o que se nos afigura aqui como um voluntarismo qualificador de MÜLBERT: no quadro da sua própria doutrina, a conclusão é a de que o art. 23.º de Bruxelas I não pode, direta ou indiretamente, ver o seu campo de aplicação (atual e potencial, digamos assim) ser afectado pelo direito nacional autónomo; ora, nesse pressuposto, não se vê como necessária, nem mesmo justificável, a discussão sobre se é aplicável o § 38 ZPO ou antes o § 1066 ZPO, tanto mais que da aplicação deste último apenas pretende o Autor deduzir uma espécie de remissão para (ou coincidência com) os critérios de validade e eficácia inscritos no art. 23.º de Bruxelas I (*ob. cit.*, p. 338). A pergunta que o Autor formulava era: que direito processual aplicar para o efeito de definir as exigências jurídico-processuais atendíveis, o Regulamento Bruxelas I ou antes o direito autónomo (no caso, alemão) processual civil internacional (*v. ob. cit.*, pp. 323-338); dada uma resposta em favor do primeiro, é supérfluo e logicamente incoerente, se bem vemos, que se procure (também) uma resposta no quadro do segundo.

⁷⁷⁷ Cfr. art. 94.º CPC; *v. supra*, n. 762 e texto correspondente.

Mas também novas dúvidas surgem com esta proposta: designadamente, é de perguntar se esta abertura do âmbito de aplicação de Bruxelas I aos pactos de jurisdição estatutários — *puramente internos*, mas na perspetiva da sua eventual ou *potencial internacionalidade* — tem algum efeito de desencadear uma plena aplicação de Bruxelas I, no sentido de que, *v.g.*, uma sociedade de direito *português* poderia escolher como foro competente para determinadas relações jurídico-societárias (não sujeitas a competências internacionais exclusivas), por exemplo, um tribunal *espanhol* (hipótese praticamente relevante, imaginemos, na resposta à arguição de um acionista minoritário de sociedade portuguesa dependente (nos termos do Título VI do CSC) de sociedade de estatuto pessoal estrangeiro, no sentido de que a escolha do foro estrangeiro *x* (coincidente com a sede da sociedade dominante), que consta dos estatutos, lhe causa um *inconveniente grave*). Na verdade, poderia dizer-se, por detrás da *necessária internacionalidade* estão razões de salvaguarda do império da jurisdição nacional, enquanto a única material e objetivamente conectada com a relação jurídica, o que conduz a que este controlo de internacionalidade esteja próximo de um *controlo anti-abuso* das possibilidades de prorrogação oferecidas por Bruxelas I⁷⁷⁸. Mas não deixa de ser equilibrado, se aceitarmos alguma forma de *controlo anti-abuso* na circunstância da *invocação* ou *exercício* da cláusula jurisdicional, que aqui admitamos a escolha jurisdicional *internacionalizante*, assim se resolvendo as várias dificuldades aqui identificadas por MÜLBERT⁷⁷⁹.

Assente para MÜLBERT a resposta sobre *que direito processual aplicar* (em todo o caso, o Regulamento Bruxelas I(a), e em particular o seu artigo 23.º(25.º)), a dúvida que de seguida se levanta conduz-nos ao modo como, tecnicamente, as exigências jurídico-processuais do artigo 23.º de Bruxelas I *irradiam* para a análise jurídico-societária. Em particular, pergunta-se, deverão (também) essas exigências jurídico-processuais ser

⁷⁷⁸ Assim PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Art 23 Brüssel I-VO, Rn. 6b; *v. tb.* JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 89.

⁷⁷⁹ *V. infra*, pp. 419 ss..

atendidas quando se analisa a *perfeição* de cláusulas estatutárias acerca da competência jurisdicional na respetiva formação? — e por conseguinte quando as confrontamos com a indispensável *não violação da lei ou dos estatutos*, nos termos do § 243 (1) AktG, ou, *mutatis mutandis*, do artigo 58.º, n.º 1, a), do CSC?

Em primeiro lugar, não se suscitam dúvidas de que, independentemente desta ou daquela imposição, é de encontrar no *direito das sociedades nacional*, em exclusivo, o conjunto de requisitos de que depende a validade e eficácia *jussocietária* no que respeita à *formação* de cláusulas jurisdicionais inseridas nos estatutos sociais, como aliás aponta o Tribunal de Justiça em *Powell Duffryn*⁷⁸⁰.

Dúvida suplementar poderia surgir em face do requisito da *suficiente determinação* da relação jurídica (*Bestimmtheit*), exigido para a validade do pacto de jurisdição⁷⁸¹; mas, mais uma vez, resulta da interpretação de Bruxelas I pelo Tribunal de Justiça, sem razões para divergência, que essa imposição está satisfeita quando a cláusula “*se refere a litígios surgidos ou a surgir de uma determinada relação jurídica entre a sociedade e os seus accionistas enquanto tais*”, pelo que uma concreta cláusula é válida a este respeito se “*puder ser interpretada no sentido de que a mesma se refere aos diferendos que opõem a sociedade aos seus accionistas enquanto tais*”⁷⁸².

Deste quadro normativo, explicitado em *Powell Duffryn*, resulta para MÜLBERT uma distinção completa entre *eficácia da cláusula estatutária* e *eficácia do pacto de jurisdição*, remetendo-se a primeira para a lei societária aplicável e a segunda para o artigo 23.º de Bruxelas I⁷⁸³. A distinção não é inocente nem irrelevante: segundo o Autor

⁷⁸⁰ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19, 21; v. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 339, mas cfr. o que o Autor logo de seguida propõe (v. *infra*, texto correspondente à nossa n. 787).

⁷⁸¹ Conforme explicitado, no teor do art. 25.º, n.º 1, Bruxelas Ia, através da expressão "quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir *de uma determinada relação jurídica*" (sublinhámos). V. TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 30-34; e *supra*, em geral, pp. 237 ss..

⁷⁸² TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 32 e 34.

⁷⁸³ Ou, noutras palavras, entre *eficácia jurídico-societária* e *eficácia jurídico-processual* de uma e a mesma cláusula (na proposição original: "die Unterscheidung von Wirksamkeit der Satzungs Klausel und

germânico, pode daí retirar-se o efeito útil de que, se uma cláusula de escolha de foro estatutária não determina suficientemente a relação jurídica que é seu objeto, essa cláusula não produz os efeitos de prorrogação de competência a que tenderia, independentemente de quaisquer vicissitudes societárias.

Mais interessante, porém, é a questão deixada em aberto por MÜLBERT⁷⁸⁴: se uma cláusula estatutária é jurídico-processualmente perfeita (à luz do artigo 23.º de Bruxelas I), mas a sua introdução nos estatutos foi *jurídico-societariamente viciada* (v.g., a deliberação social prejudica a sociedade ou certos sócios, sendo por isso *abusiva* e assim *anulável* — entre nós, veja-se o artigo 58.º, n.º 1, *a*), do CSC) —, pode suceder que esse vício não mais seja atacável e se tenha sanado. Recorde-se, entre outras vicissitudes cogitáveis, o prazo de *caducidade*⁷⁸⁵ de trinta dias para a propositura de ação de anulação (artigo 59.º, n.º 2, do CSC). Ainda que um pouco críptico neste ponto, o Professor de Mainz parece tender para a aceitação da validade e eficácia da cláusula nos seus efeitos processuais, em face da circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em *Powell Duffryn*, remeter *globalmente (pauschal)* para o direito das sociedades nacional⁷⁸⁶.

Uma partição entre o *jusprocessual* e o *jussocietário*, como acabámos de referir, não é impeditiva, na construção de MÜLBERT, da relevância dos requisitos processuais-jurisdicionais (designadamente do artigo 23.º de Bruxelas I) para a apreciação das cláusulas de um ponto de vista estritamente societário. Com efeito, questionando-se sobre as *exigências originariamente jurídico-societárias* de que depende a perfeição das ditas cláusulas, propõe MÜLBERT, em primeiro lugar, que o critério da *suficiente determinação da relação jurídica*, inscrito hoje no artigo 25.º de Bruxelas Ia, seja obrigatório *à luz do direito societário alemão*, uma vez que uma cláusula que, por desrespeito do mesmo,

Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung" — PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 340).

⁷⁸⁴ Cf. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 340, n. 90.

⁷⁸⁵ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Artigo 59.º", cit., anot. n.º 2.

⁷⁸⁶ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 340, n. 90.

induzisse em erro o acionista sobre a regulamentação dos seus *direitos de ação judicial* consubstanciaria uma *violação do dever de lealdade* entre a sociedade e os sócios. Trata-se, sublinhe-se, de exigir *do ponto de vista do direito das sociedades nacional* (alemão) aquilo que não se aceitou fosse imposto *do ponto de vista do direito processual civil europeu* para apreciar a *perfeição* de uma cláusula estatutária, por isso que as exigências normativas e de proteção subjacentes a este último, de cariz *jurisdicional*, não interferem na formação *societária* da vontade tendente à introdução da cláusula, antes impõem tão-só que, mediante uma concreta *insuficiente determinação*, a cláusula enquanto pacto de jurisdição não seja eficaz e logo deixe intocadas as demais bases legais de competência internacional constantes do Regulamento⁷⁸⁷. Surge a aludida *suficiente determinação*, portanto, como um *requisito adicional* para a *perfeição* (jurídico-societária) dessa cláusula estatutária⁷⁸⁸.

A proposta, além de confessadamente incompleta no contributo para a segurança jurídica nesta matéria⁷⁸⁹, tem fundamentação um pouco duvidosa: não estaremos a dar valor dogmático a uma simples coincidência que exigências advindas de valorações de fonte diversa fazem incidir sobre o mesmo caso concreto? Mais protegida em bons alicerces da construção jurídica nos pareceria a perspectiva que, com base em tal *requisito adicional*, questionasse, não a perfeição do acordo que é a base da cláusula jurisdicional (até porque conhecemos as particularidades em larga medida *ficcionadas* de um tal acordo, na senda de *Powell Duffryn*), mas o seu *justo, leal e não abusivo exercício* ou *invocação*, perante as circunstâncias do caso⁷⁹⁰.

Quanto à dita relevância de requisitos processuais-jurisdicionais para a apreciação *jussocietária* das cláusulas de escolha de foro, MÜLBERT dedica-se ainda a testar, frente às

⁷⁸⁷ V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 339-340.

⁷⁸⁸ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 341.

⁷⁸⁹ Assim o Autor: PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 342.

⁷⁹⁰ V. *infra*, pp. 387 ss., 419 ss..

disposições de direito das sociedades relevantes, a inclusão de *outros litígios* potenciais no âmbito do pacto de jurisdição estatutário, indo assim para lá das controvérsias entre a sociedade e os sócios (*exclusive* as matérias sujeitas a competência legal exclusiva, segundo a lei alemã⁷⁹¹) e dos sócios entre si (destacando em particular, dentro destas, as que derivam de violações dos deveres de lealdade)⁷⁹².

Desde logo, para a defesa da inclusão das *pretensões delituais* do sócio perante a sociedade com base na violação dos seus direitos sociais, é estabelecido um paralelo com a tutela geral em casos de responsabilidade civil por violação de normas de proteção de interesses alheios (§ 823 (2) BGB) e o direito de exigir a cessação da perturbação do gozo do direito de propriedade (§ 1004 BGB), que surgiriam como equivalentes funcionais aos direitos de defesa dos acionistas, reconhecidos na senda da jurisprudência *Holzmüller*⁷⁹³; e sublinha-se que a derrogação do foro extracontratual (veja-se, em Bruxelas Ia, o artigo 7.º, n.º 2) não é à partida problemática, em face do seu carácter de competência especial ou concorrente (e não exclusiva).

Não obstante, quem aceite, com MÜLBERT, que o requisito da *suficiente determinação da relação jurídica* imposto pelo artigo 23.º de Bruxelas I é *também* exigência *jurídico-societária* para a perfeição da cláusula estatutária, poderá teoricamente deparar-se com dificuldades na defesa de semelhante “extensibilidade” da cláusula jurisdicional estatutária. Com efeito, é certo, o BGH, no seu acórdão tirado no âmbito do caso *Powell Duffryn*⁷⁹⁴, entendeu que a amplitude da expressão “*para todos os litígios com a sociedade ou os seus órgãos*”⁷⁹⁵, constante dos estatutos, não era óbice à *suficiente determinação*, uma vez que, mesmo quando a ação social do sócio se dirija contra um órgão da sociedade (no caso, o órgão de administração), ela não deixa de dizer respeito a

⁷⁹¹ V. *supra*, parágrafo correspondente à n. 732.

⁷⁹² PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 342.

⁷⁹³ V. PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 343; PETER O. MÜLBERT, "Vor §§ 118-147", in KLAUS J. HOPT / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, 14. Lieferung, 4. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 1999, Rn. 212.

⁷⁹⁴ BGH, 1993.10.11, cit., pp. 347 ss..

⁷⁹⁵ "(...) für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder ihren Organen": cfr. BGH, 1993.10.11, cit., p. 355.

um litígio que *nasce da relação jurídica entre a sociedade e os seus acionistas*⁷⁹⁶. Mas se a perspectiva fosse antes a de que a pretensão do acionista em juízo não se funda juridicamente nessa relação jurídica de socialidade, antes sim numa relação jurídica *autónoma*, portanto separada daquela (ainda que nela originada), poderiam em teoria colocar-se as ditas dúvidas. De todo o modo, parece, efetivamente, tratar-se de discussão pouco frutuosa, porquanto se afigura evidente, a partir do próprio razoamento do Tribunal de Justiça, que o aludido requisito de *suficiente determinação* visa defender as partes no pacto de jurisdição contra *surpresas indesejadas*⁷⁹⁷; ora, quando a pretensão seja um direito de indemnização do sócio por violação dos seus direitos sociais, ainda que se revista de carácter extracontratual, não deixa de ser *a socialidade* a relação jurídica em que ultimamente se funda a dita pretensão, pelo que a inclusão do litígio no âmbito do pacto de jurisdição estatutário não poderia razoavelmente surpreendê-lo⁷⁹⁸. E o que é mais (e mais importante) que a *razoabilidade da surpresa*, acrescentamos da nossa parte: o *consentimento efetivamente prestado* na vinculação à cláusula jurisdicional constante dos estatutos é, com efeito, um pressuposto que, sendo a nosso aviso *indispensável* (ele ou um seu bastante sucedâneo), pode razoavelmente ser tido por *suficiente* para abranger também as pretensões de base *extracontratual* descritas.

Já para a defesa da possibilidade de incluir, no âmbito do pacto de jurisdição estatutário, litígios sobre *outros direitos* dos sócios *enquanto terceiros credores*, sem que essas cláusulas abandonem o carácter de *materialmente estatutárias* e por isso de verdadeiramente vinculativas da universalidade dos sócios, há um primeiro passo dado

⁷⁹⁶ BGH, 1993.10.11, cit., p. 355.

⁷⁹⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 31: "*Tem por objectivo evitar que uma parte seja surpreendida pela atribuição, a um foro determinado, dos litígios que surjam nas relações havidas com a outra parte contratante e que encontrariam a sua origem noutras relações para além das surgidas na altura em que a atribuição de jurisdição foi acordada.*"

⁷⁹⁸ Assim PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 344. Sobre um dos casos praticamente mais interessantes em que o foro extracontratual pode ser chamado em matérias societárias, veja-se a jurisprudência alemã em matéria dos chamados *grupos de facto qualificados*: cfr. por todos PETER KINDLER, "Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht", cit., Rn. 769.

por MÜLBERT no sentido de que, se, por um lado, há de aceitar-se como princípio estrutural das corporações organizadas e dotadas de regulamentação estatutária o de que os estatutos regulam apenas as *relações intracorporativas* — em especial, a estrutura organizatória intracorporativa, os deveres de atuação dos órgãos e dos seus membros, bem como as relações jurídicas, desentranhadas da socialidade, entre a sociedade e os sócios e entre estes —, há, por outro lado, que admitir desvios a este modelo, de extensão variável consoante o espaço de conformação (*Gestaltungsspielraum*) admitido para cada tipo legal societário. Ou seja, ainda que MÜLBERT parta de uma afirmação de princípio em favor da cobertura, pelas cláusulas materialmente estatutárias, *também* de direitos de terceiros contra a sociedade, sejam esses direitos reconhecidos a acionistas ou mesmo a quaisquer outros terceiros⁷⁹⁹, fica expressada a limitação deste modelo perante uma estrutura organizatória como a da sociedade anónima: a *Satzungsstrenge* do já aqui abordado § 23 (5) AktG parece refrear quaisquer ímpetos de regulamentação estatutária neste domínio, que não, porventura, através do instrumento das obrigações de prestações acessórias⁸⁰⁰. Já na *GmbH* (tal como na sociedade por quotas de direito português), o espaço de conformação é à partida mais amplo: MÜLBERT exemplifica-o com a figura do *Finanzplandarlehen*, isto é, a concessão de financiamento através de mútuo pelo quotista à sociedade, ao jeito dos suprimentos. O exemplo serve para que o Autor explore a *mutabilidade (do regime jurídico) das relações de crédito* dos sócios perante a sociedade, na dependência apenas de uma deliberação social que absorva aquela relação jurídica à

⁷⁹⁹ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 345 ("*Dabei kann und muss im vorliegenden Zusammenhang der grundsätzliche Nachweis genügen, dass echte Satzungsbestandteile auch auf Drittgläubigeransprüche gegen die Gesellschaft, seien es solche der Aktionäre oder gar Driteer, zugreifen können; eine genaue Vermessung des insoweit Möglichen ist nicht veranlaßt*").

⁸⁰⁰ No que respeita, neste último caso, entenda-se, apenas aos *sócios* enquanto terceiros e não quaisquer terceiros (já que só aqueles podem ser sujeitos passivos das ditas obrigações acessórias). Cfr. § 55 (1) AktG e PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 345. Pronunciámo-nos também já brevemente sobre a utilidade das obrigações acessórias como instrumento a utilizar no seio jurisdicional, em particular a propósito da *arbitragem societária*: v. RUI PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 296 ss..

socialidade⁸⁰¹: de tal modo que o sócio pode ser um *mero terceiro credor* ou, verdadeiramente, um credor com características particulares *em virtude de ser sócio*, e assim sujeitando a sua relação jurídica de financiamento à socialidade e às consequências — *subordinantes*, digamos assim, e não *privilegiadoras* — em termos de garantia patrimonial pelo capital assim investido; tudo sem que a diferença dependa “materialmente” das características do contrato de financiamento, mas sim de uma deliberação modificativa dos estatutos que opera a sua transmutação e lhe sobrepõe a veste da socialidade⁸⁰². E aqui surge de novo o exemplo do § 17 (3) ZPO, através do qual se autoriza o acrescento de um foro geral da socialidade⁸⁰³: ele seria a confirmação de que o direito das sociedades alemão conhece a possibilidade de uma intervenção, por meio de cláusulas materialmente estatutárias, nas relações jurídicas da sociedade com um sócio enquanto mero credor, ou mesmo com qualquer terceiro^{804/805}. Possibilidade, diremos nós,

⁸⁰¹ No regime português dos suprimentos, decisivo é o *carácter de permanência* do empréstimo, e não uma deliberação social que o formalize, "salvo disposição contratual em contrário": cfr. art. 244.º, n.º 3, e tb. 243.º, n.º 6, CSC.

⁸⁰² PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 346, remete em nota para comentários ao § 32a GmbHG, entretanto revogado pela *MoMiG* — sobre esta, v. brevemente RUI PEREIRA DIAS, "A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos Recentes do Direito das Sociedades na Alemanha)", in *DSR*, vol. 1, 2009, pp. 243 ss.. Como aí notámos, no que diz respeito aos empréstimos feitos por sócios à sociedade, a controvérsia levantada à volta do seu enquadramento jurídico — designadamente, se deverão ou não ser tratados como capital próprio, especialmente em caso de insolvência — conduziu a que o legislador alemão afirmasse a sua intenção de desregulamentar societariamente a matéria, revogando os §§ 32a e 32b GmbHG, mas alterando e aditando disposições à lei da insolvência (*Insolvenzordnung*). Os desideratos fundamentais são, afirma-se, abolir a diferenciação entre empréstimos comuns e empréstimos que se destinam a substituir o capital próprio, assim como favorecer o saneamento da empresa em caso de insolvência.

⁸⁰³ V. *supra*, texto correspondente às nn. 716 e 717.

⁸⁰⁴ MÜLBERT chega ao ponto (um pouco temerário) de entrever no silêncio dos tribunais alemães superiores que apreciaram o caso *Powell Duffryn* (OLG Koblenz e BGH) sobre a ampla extensão da concreta cláusula de escolha de foro que o OLG Koblenz reconheceu, *i.e.*, incluindo litígios entre a sociedade e acionistas enquanto terceiros, uma concordância com a ideia de que é societariamente conforme a possibilidade de, por meio de cláusula materialmente estatutária, convencionar pactos de jurisdição respeitantes a relações com terceiros credores (PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 346-347).

⁸⁰⁵ Como com interesse refere MÜLBERT, no quadro da sociedade anónima europeia, a possibilidade de, por deliberação dos sócios, se proceder à transferência internacional da sede da sociedade faz com que esta intervenção da sociedade, referida em texto, possa suceder por essa via. É um facto; mas é igualmente certo que uma transferência de sede, no dito tipo legal societário europeu, implica sempre uma compreensiva

algo limitada neste último particular, que porventura não servirá de base para grandes voos argumentativos: é que, como bem vimos, a circunstância de esta competência convencional ser *concorrente e não exclusiva* (logo, nunca derogatória da competência legal geral do lugar da sede) mostra que o § 17 (3) ZPO abre, é certo, a possibilidade de por convenção se consagrarem outros tribunais como competentes, mas não admite que se afaste a livre escolha do autor numa concreta demanda, seja ele a sociedade ou o sócio ou terceiro, entre a competência geral legal do § 17 (1) ZPO e o que se convencie nos termos do dito § 17 (3) ZPO.

Por último, quanto a estes litígios sobre *outros* direitos dos sócios *enquanto terceiros credores*, se pressupusermos, como faz MÜLBERT, que o requisito de *suficiente determinação da relação jurídica* (hoje no artigo 25.º de Bruxelas Ia) é também exigível à luz do *direito das sociedades* para que a regulamentação estatutária seja perfeitamente formada, resultam desse pressuposto limitações à admissibilidade de cláusulas jurisdicionais estatutárias, que cumpriria verificar também na matéria dos litígios mencionados. Aparente óbice significativo é o teor literal da jurisprudência do Tribunal de Justiça: em *Powell Duffryn*, afirma-se que o *Bestimmtheitsgebot* está satisfeito quando a cláusula “se refere a litígios surgidos ou a surgir de uma determinada *relação jurídica entre a sociedade e os seus accionistas enquanto tais*” (sublinhámos). O que por tal se entenda há de ser *objeto de interpretação*, importante para a resposta ao problema, sem que o Tribunal avance mais do que isto; as conclusões do Advogado-Geral TESAURO, por seu turno, aludiam a este propósito aos “litígios que opõem o accionista à sociedade em razão dos seus vínculos recíprocos”⁸⁰⁶, o que, lido à letra, aparece como mais amplo do que a “pura” socialidade para que aponta a formulação do Tribunal⁸⁰⁷. O argumento mais

alteração estatutária, uma vez que o projeto de transferência, a ser elaborado pelo órgão de direção ou administração, tem que incluir “os estatutos propostos para a SE, incluindo, se for caso disso, a sua nova firma” (sublinhámos): cfr. art. 28.º, n.º 2, b), do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, de 8 de outubro de 2001 do Conselho, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE).

⁸⁰⁶ TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesauro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 13, p. I-1767.

⁸⁰⁷ Assim PETER O. MÜLBERT, “Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile”, cit., p. 348.

forte de MÜLBERT, porém, vem de seguida: há de não esquecer-se que muitas pretensões que se alicerçam no direito civil, pensando-se designadamente nas entradas em espécie “ocultas”⁸⁰⁸ e concomitantemente nos institutos do enriquecimento sem causa (§§ 812 BGB e seguintes) e/ou da reivindicação (§ 985 BGB), não deixam, ainda que “civis” neste sentido, de afinal se justificarem em *Tatbestände* do *direito das sociedades*; ou pense-se ainda no já aludido caso dos suprimentos, em que a uma regulamentação jurídico-obrigacional podem vir a “sobrepôr-se”, atenta a qualidade do mutuante (e do próprio financiamento, avultando na lei portuguesa o seu *carácter de permanência*), as regras jurídico-societárias⁸⁰⁹. Enfim: estas menções são tributárias de um pensamento mais geral, a que há de aqui dar-se crédito, no sentido de que não há uma linha clara e estanque que separe a normaçoão jussocietária de outros complexos normativos do direito privado, mormente do direito civil, de tal modo que uma relação à partida meramente jurídico-obrigacional pode ver-se insuflada por um “elemento de socialidade” (*mitgliedschaftliches Element*) que lhe altera as feições, com consequências normativas de relevo⁸¹⁰.

Contudo, a inferência que daí MÜLBERT pretende extrair é um passo que já não merece, ao menos *de pleno*, o nosso amparo. Com efeito, para o Autor alemão, a *mutabilidade* emprestada às relações jurídicas pela possibilidade de a qualquer momento intervir um *elemento de socialidade* que a coloque no raio de ação de uma certa força centrípeta do direito societário, assim que se convoquem necessidades de proteção a que este vai dirigido, justifica que a *surpresa indesejada*⁸¹¹ a que visa obstar o requisito da

⁸⁰⁸ “*Verdeckte Sacheinlagen*”, definidas e reguladas no direito das sociedades por quotas alemãs no § 19 (4) GmbHG; quanto às *Aktiengesellschaften*, cfr. § 27 (3) AktG; v. UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 27, Rn. 23 ss..

⁸⁰⁹ Com possíveis entrecruzamentos *jurídico-insolvenciais* importantes, com efeitos sobre a subordinação dos créditos, algo de que a evolução alemã é testemunho tb. no que respeita à já aludida qualificação da responsabilidade de administradores em situações de insolvência — v. p. ex., a propósito da qualificação do § 64 GmbHG, MARC-PHILIPPE WELLER / ALIX SCHULZ, “Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften (zu OLG Jena, 17.7.2013 - 2 U 815/12)”, cit., pp. 336 ss..

⁸¹⁰ PETER O. MÜLBERT, “Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile”, cit., p. 348.

⁸¹¹ V. *supra*, texto correspondente à n. 797.

suficiente determinação não possa ser fundamento para obviar à vinculação do sócio que, a dado ponto, era em determinada relação jurídica com a sociedade um mero terceiro, mas por subsequente entrada no campo da socialidade (veja-se de novo a hipótese dos suprimentos) passa a ver essa relação jurídica subsumir-se à ampla cláusula de escolha de foro que os estatutos contêm.

Pois bem: parece-nos que não pode aqui avançar-se sem uma imperiosa diferenciação.

Por um lado, não se nos afigura abusivo que se estenda a dita cláusula, retomando o exemplo, a todos os litígios que digam respeito aos contratos de suprimentos celebrados entre sócios e sociedade: não se vê aí qualquer dificuldade mesmo que lêssemos com exigência a *suficiente determinação*, porquanto, ainda que os suprimentos surjam em concreto bem mais tarde do que a data da constituição da relação de socialidade (através da aquisição, originária ou derivada, de uma participação social), não deixa de ser uma *relação jurídico-societária*, que se desentranha da *socialidade*: esta é, mais uma vez, a base em que ultimamente se funda a relação jurídica que se pretende abranger.

Por outro lado, porém, não se pode ir tão longe quanto defender a vinculatividade da cláusula a *todo aquele que a conhecesse*, ou *devesse razoavelmente conhecê-la*, sem porém ter razões para considerar-se a ela vinculado *quanto a certa relação jurídica* em particular. Pense-se, por exemplo, no acionista que, sendo simultaneamente fornecedor da sociedade, tem litígio com a mesma (na qualidade de terceiro, portanto) acerca de crédito vencido e por ela não pontualmente pago. Não pode, é certo, considerar-se que o acionista, conhecedor (real ou potencial) dos estatutos, se veja razoavelmente surpreendido pela cláusula estatutária. Mas a *razoabilidade da surpresa* não pode, por si só, ser arvorada em critério definitivo, desligada da relação jurídica a que diga respeito. E isto mesmo que certas normas jurídico-societárias sejam convocadas. Aliás, só deste modo se evitam *surpresas supervenientes*, resultantes da eventual contestação da pretensão, pela sociedade, com fundamento em que certas normas jurídico-societárias

afectam a validade ou eficácia da relação jurídica aparentemente extrassocial. Com a consequência de que, ao ser necessário tomar em consideração as ditas normas, o litígio passaria a estar baseado em *mitgliedschaftlich überlagerten Ansprüchen*⁸¹², com a surpreendente e insustentável consequência de que afinal o tribunal demandado seria incompetente, porque licitamente *derrogado* nos termos do pacto de jurisdição estatutário...

Enfim: estas lucubrações permitem-nos, de certo modo, voltar à casa de partida no que respeita às dúvidas sobre a fundamentação da abertura da vinculação jurisdicional propriamente estatutária para lá das relações jurídicas diretamente desentranhadas da socialidade. Tal como dissemos a propósito das pretensões extracontratuais do sócio⁸¹³, mais importante que a referida *razoabilidade da surpresa* é a garantia de que tenha havido *efetiva prestação de consentimento (ou um seu legítimo "proxy")*: é este o pressuposto indispensável, na construção que nesta fase intuímos como adequada, para que certas relações jurídicas se vejam contempladas no objeto do pacto de jurisdição estatutário.

1.2. WEBER

Os contributos de Johannes WEBER⁸¹⁴ são igualmente merecedores de singular menção, na sua tentativa de conformar o entrecruzamento entre os aspectos jurídico-societários e de conflitos de jurisdições, com Bruxelas I como pano de fundo^{815/816}.

⁸¹² Assim, ao definir em resumo o critério, PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 351.

⁸¹³ V. *supra*, texto correspondente e subsequente à n. 798.

⁸¹⁴ V. JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., esp. pp. 458 ss..

⁸¹⁵ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. ex. p. 463: "Quão intimamente o direito das sociedades e o artigo 23.º de Bruxelas I estão ligados um ao outro torna-se desde logo claro quando nos perguntamos se o legislador nacional é livre de declarar inadmissíveis as cláusulas de escolha de foro estatutárias".

O Autor recorda que, se é verdade que a autonomia, separabilidade ou independência que caracteriza a relação entre o pacto de jurisdição e o contrato principal (*Hauptvertrag*) permite afirmar que a invalidade deste *não coenvolve* (necessariamente) a invalidade daquele⁸¹⁷, é manifesto que o espaço para a aplicação da *lex causae* nacional,

⁸¹⁶ Veja-se ainda, designadamente, no que respeita em especial à interligação entre o art. 23.º de Bruxelas I e as regras materiais nacionais de direito das sociedades, EVA BRUHNS, *Das Verfahrensrecht der internationalen Konzernhaftung — Durchsetzung von Konzernhaftungsansprüchen bei grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen im Rahmen der EuGVVO unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Konzernhaftungsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, que de princípio parece partidária de uma prevalência do art. 23.º de Bruxelas I sobre os direitos das sociedades nacionais (*ob. cit.*, p. 352), mas acaba por propor a seguinte leitura mitigada — que é tomada quase *ipsis verbis*, sem citação, de HARALD KOCH, "Internationale Prorogation im Statut einer Aktiengesellschaft?", *cit.*, p. 21 —: mantém-se a aplicabilidade do direito nacional quanto a aspetos da "forma externa" (*sic*: "in der äußeren Form der Klausel", sublinhámos, p. 353) que permaneceram intocados pela jurisprudência do TJUE, tais como a *representação* e os *vícios da vontade* (v., referindo-se à aplicabilidade da lei nacional quanto à formação (*Zustandekommen*) e eficácia (*Wirksamkeit*) do acordo, DIETER MARTINY, "Vor Art. 27 EGBGB", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1998, Rn. 56; v. tb., enumerando como matérias sujeitas à *lex causae* nacional a capacidade, vinculação à declaração negocial, vícios da vontade, representação, "etc.", JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, *cit.*, Art. 23 EuGVO, Rn. 28); e no tocante à dúvida sobre qual então a sede da regulamentação da "eficácia jurídico-societária de uma cláusula de escolha de foro nos estatutos", distinguem KOCH e BRUHNS: (i) quanto à eficaz incorporação da cláusula nos estatutos, vale o estatuto pessoal da sociedade; (ii) quanto à "admissibilidade jurídico-societária de uma disposição estatutária", os preceitos nacionais, de que é exemplo o § 23 (5) AktG (conforme cita o Autor "original" em texto, *ob. cit.*, p. 21, e a Autora em nota, p. 353, n. 1046) são afastados pelo art. 23.º de Bruxelas I. Trata-se, está visto, de uma posição que numa primeira leitura parece levar assinalavelmente longe a importância normativa reservada ao prescrito em Bruxelas I para a normação jussocietária: por outras palavras, o que os Autores (KOCH, BRUHNS) dizem é que, mesmo na presença de limitações jurídico-societárias à admissibilidade de uma cláusula (imaginemos uma ordem jurídica que, para dado tipo legal societário, prevê uma *Satzungsstrenge* tão limitativa que nem "disposições complementares", no sentido do § 23 (5), 2.º período, da AktG, são admitidas), essas limitações de nada valem, porque o seu âmbito de aplicabilidade se vê sobreposto, com valor supraestadual, pelo art. 23.º de Bruxelas I. Não obstante, as aberturas que se deixam para a aplicabilidade da lei nacional são, afinal, muitas: na questão da "eficaz incorporação da cláusula nos estatutos", a aceitar-se com estes Autores que a sujeitamos à lei das sociedades nacional, pode estar a entreabrir-se uma porta que os Autores pareciam por princípio querer ver fechada.

⁸¹⁷ Em geral sobre esta autonomia — aliás expressada em Bruxelas Ia através do acrescento de um n.º 5 ao então art. 23.º, hoje art. 25.º —, DAPHNE-ARIANE SIMOTTA, "Art. 23", in HANS W. FASCHING / ANDREAS KONECNY (HRSG.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 5. Band, 1. Teilband, Manz, Wien, 2008, Rn. 61 (p. 569); sem que porém isso significasse, no texto do Regulamento de 2000, uma necessária abertura à possibilidade de escolha de lei aplicável ao pacto de jurisdição: em favor desta pronunciava-se (ainda na fase de revisão de Bruxelas I) CHRISTIAN HEINZE, "Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", in *RebelsZ*, 75, 2011, pp. 584-587.

deixado em aberto pelo artigo 23.º de Bruxelas I na interpretação dos seus antecessores normativos pelo Tribunal de Justiça, permite dizer que uma eventual causa de invalidade do contrato principal pode na realidade *coincidir* na invalidação do pacto jurisdicional⁸¹⁸: nada na dita autonomia ou separabilidade vai contra esta asserção. Daí que uma tal cláusula *inserida nos estatutos* deva respeitar, simultaneamente, as regras de Bruxelas I quanto ao pacto de jurisdição e o direito societário nacional aplicável, nos termos expostos em *Powell Duffryn*⁸¹⁹.

Claro que, já o sabemos, os ditos termos são manifestamente incompletos⁸²⁰: até que exato ponto o artigo 25.º de Bruxelas Ia afasta a *lex causae societatis* não resulta claramente da jurisprudência *Powell Duffryn*. Para WEBER, como para MÜLBERT⁸²¹, é com um critério de identidade ou equivalência *funcional* que devemos trabalhar: isto é, Bruxelas I tem precedência, mas apenas sobre as disposições de direito nacional que imponham requisitos *funcionalmente idênticos ou equivalentes*. Contudo, WEBER avança aqui um pouco mais⁸²², entendendo que a formação (*Zustandekommen*) do pacto de jurisdição, em especial a formação da vontade social e a sua eficácia enquanto parte dos *estatutos materiais*⁸²³, se rege pela lei societária nacional aplicável, ao passo que a admissibilidade da *escolha (Wahl)* de um determinado tribunal integraria

⁸¹⁸ Assim também ADRIAN BRIGGS / PETER REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., n.º 2.128; TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 115 (a propósito da Convenção da Haia de 2005); ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", cit., p. 58; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.95.

⁸¹⁹ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 463.

⁸²⁰ Em crítica perante a falta de "uma afirmação exata sobre os métodos a utilizar na interpretação autónoma", DORIS KARRÉ-ABERMANN, "Wirksamkeitsvoraussetzungen von Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften — Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. März 1992 (in der Fassung der Urteilsberichtigung vom 25. März 1992) in der Rechtssache C-214/89 (Powell Duffryn plc/Petereit)", in *ZEuP*, 1994, p. 144.

⁸²¹ V. *supra*, texto correspondente à n. 727.

⁸²² Como outros Autores também, ainda que não de modo inteiramente coincidente entre todos: v. *supra* n. 816.

⁸²³ Sobre esta noção v. por todos UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., Rn 3 ss (e cfr. *supra*, n. 711).

fundamentalmente o âmbito material de aplicação do artigo 23.º de Bruxelas I⁸²⁴. Até aqui, as palavras são sugestivas, mas com dificuldade se entrevê um critério claro e por conseguinte operativo: sem mais explicitação, ficamos em rigor sem saber o que significa e integra a dita *escolha*, por oposição ao que se reconduz à aludida *formação*.

O Autor prossegue com um desdobramento neste ponto, referindo-se primeiro ao debate sobre a existência de requisitos especiais de admissibilidade *jussocietária* do pacto de jurisdição estatutário, e de seguida ao problema da caracterização deste como parte dos *estatutos materiais*, bem como a respetiva relação, nessa qualidade, com o artigo 23.º de Bruxelas I.

Quanto ao primeiro aspecto, WEBER começa por não dar importância ao discutido problema⁸²⁵ da exaustividade da regulamentação da cláusula jurisdicional estatutária por parte do Regulamento Bruxelas I, contra a outra perspetiva de que permanece um espaço regulatório para o direito das sociedades nacional determinar sob que condições o pacto de jurisdição incluído nos estatutos pode deles materialmente fazer parte integrante⁸²⁶; do seu texto, porém, parece resultar (ainda que não seja inteiramente claro) a preferência pela afirmação dessa exaustividade. WEBER prefere sublinhar que, mesmo no restritivo (da perspetiva da intervenção da autonomia privada) direito das sociedades por ações alemão, é possível, com base no § 23 (5), 2.º período, da AktG, encontrar espaço para a

⁸²⁴ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 463.

⁸²⁵ V. já *supra*, designadamente o texto correspondente à n. 787.

⁸²⁶ Expressando esta última posição, como vimos, o próprio PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 321; v. também, mais recentemente, MARC ANDRÉ MAUERHOFER, "Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln", in *GesKR*, 1, 2011, p. 25. Não tão explícito mas coincidente no resultado, ULRICH KLINKE, "Europäisches Unternehmensrecht und EuGH — Die Rechtsprechung in den Jahren 1991-1992", in *ZGR*, 1993, pp. 39-40: após sublinhar que o TJUE esteve em *Powell Duffryn* a criar uma nova "forma" — a forma *estatutária* — de pacto de jurisdição (sendo o Autor favorável ao resultado, mas crítico da argumentação (no que aliás não está de todo sozinho, leia-se por todos ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.º 7.47: "*Powell Duffryn* shows that when the merits of the argument are plain enough, a court will get the right answer but that mapping the route may not be easy.")), subscreve a ideia de que o direito das sociedades nacional regula "conteúdo, vinculação e forma dos estatutos e com isto também a forma do 'pacto de jurisdição'" (com esta última menção, o Autor coloca-se porventura no mais evidente contraponto em face dos que preferem reconhecer uma regulamentação exaustiva do problema no art. 23.º de Bruxelas I, como KOCH ou BRUHNS: v. *supra*, n. 816).

válida inserção de pactos de jurisdição estatutários, salvaguardado que esteja o respeito pelas competências exclusivas constantes dessa mesma *Aktiengesetz*⁸²⁷. O problema que anima o estudo do Autor é sobretudo o da proteção dos credores⁸²⁸, e é aí que partilha as suas cogitações sobre se poderá afinal o direito nacional imperar, ditando a inadmissibilidade de certo pacto de jurisdição, com fundamento em que por ele são postos em causa certos *interesses do comércio jurídico*. A dificuldade está em que, como é sabido, o artigo 23.º de Bruxelas I, hoje 25.º de Bruxelas Ia, é expressão da ampla liberdade de estipulação de um *forum prorogatum* reconhecida pelo Regulamento, negando-se-lhe efeitos tão-só nos casos expressamente acautelados pelo atual n.º 4⁸²⁹ (a saber, no âmbito de aplicação das regras de jurisdição protetoras da parte mais fraca (tomador do seguro, segurado ou beneficiário (15.º), consumidor (19.º) e trabalhador (23.º)) e das competências internacionais exclusivas do artigo 24.º); não podem valer outras limitações de direito nacional à prorrogação de competência⁸³⁰. Ora, se naquela dicotomia sobre a eventual exaustividade do regime do artigo 23.º de Bruxelas I lhe formos favorável, entende WEBER que não de extrair-se daí todas as consequências: lançando mão de um *critério funcional*, não vê aqui o Autor justificação para desvios ao princípio da liberdade de prorrogação internacional da competência jurisdicional, nem com base no *carácter jurídico-organizatório da sociedade* como corporação (*organisationsrechtliche Charakter des Verbands*), nem tão-pouco no carácter *paranormativo (rechtsnormähnlich) dos estatutos* — com o que WEBER identifica, desta

⁸²⁷ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 464.

⁸²⁸ Como o título da sua obra bem esclarece (cfr. n. anterior).

⁸²⁹ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 464.

⁸³⁰ TJUE, *Trasporti Castelletti*, 1999.03.16, cit., n.º 51; PAUL JENARD / G. MÖLLER, "Report", cit., n.º 55; CHRISTIAN KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", cit., pp. 266, 270; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 21; ALEXANDER LAYTON / HUGH MERCER, *European Civil Practice*, cit., n.º 20.035; PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 12; MORITZ BRINKMANN, "Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht", cit., p. 330; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art. 23, Rn. 70; PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 22, 30.

forma, duas linhas de argumentação razoáveis contra a dita exaustividade, ainda que lhes negue a *final* validade.

Por um lado, o *carácter jurídico-organizatório* não deveria desviar-nos do princípio exposto, uma vez que o direito processual já toma em consideração as especialidades por aquele introduzidas em sede de competência internacional exclusiva (inderrogável por convenção de escolha de foro *judicial*⁸³¹) prevista para certas matérias societárias (validade da constituição, nulidade e dissolução de sociedade, e validade das decisões dos seus órgãos). Diremos nós, porém, que o que dessa regra de competência internacional exclusiva se pode extrair é muito discutível e discutido, pelo que tal dificuldade só por si desaconselharia a tomar-se a mesma como pressuposto de um qualquer argumento neste contexto. Por exemplo, se entendermos que falta em Bruxelas Ia um foro (exclusivo) da socialidade⁸³², o argumento perde muito do seu sentido, sendo ademais abalado pela circunstância de que nem tudo aquilo a que respeita a competência internacional exclusiva (pensamos em muitíssimas deliberações sociais na vida da sociedade) poderá, rigorosamente, assimilar-se em primeira linha aos aspectos jurídico-organizatórios da sociedade comercial. Claro que — e poderia ser esta a intenção de WEBER no passo citado — a *mera tomada de uma deliberação social* faz atuar a sociedade *enquanto organização*, que, justamente porque dotada de uma estrutura organizatória própria, segue os procedimentos legalmente previstos para a manifestação da sua vontade (e ademais, por maioria de razão, as questões de validade de constituição, nulidade e dissolução da sociedade põem inapelavelmente em cheque a *sociedade*

⁸³¹ Cfr. arts. 24.º, n.º 2, e 25.º, n.º 4, Bruxelas Ia. Sublinhamos *judicial* porque a convenção de arbitragem, *i.e.*, de escolha de foro *arbitral*, não está incluída no âmbito de aplicabilidade de Bruxelas Ia, e a opinião dominante é a de que a escolha da jurisdição arbitral não se encontra prejudicada pela inderrogabilidade do foro judicial do Estado-membro da sede social (cfr. já PETER SCHLOSSER, "Report", cit., n.º 63; v. RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional", cit., pp. 102 ss., e *infra*, pp. 486 ss.).

⁸³² Assim REINHOLD GEIMER, "Das Fehlen eines Gerichtsstandes der Mitgliedschaft als gravierender Mangel im Kompetenzsystem der Brüssler und der Luganer Konvention — Kritische Bemerkungen zu Art. 16 Nr. 2 GVÜ", in BUNDESNOTARKAMMER (HRSG.), *Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1996, pp. 869 ss..

enquanto organização, dotada de estrutura própria). Porém, há de concordar-se que, *quanto aos efeitos*, uma deliberação social poderá pouco ou nada ter que ver com a *organização* da estrutura societária (por exemplo, quando o seu objeto é simplesmente incumbir um administrador da negociação com um terceiro fornecedor ou cliente da empresa societária); e mesmo *quanto aos procedimentos*, sendo sabido que, por exemplo, as formalidades de convocação de uma assembleia geral são superáveis pela presença (e anuência em reunir) da universalidade dos sócios⁸³³, nem sempre o elemento jurídico-organizatório avulta como principal ou relevante na tomada de uma deliberação social, pela assembleia dos sócios ou pelo órgão de administração.

Por outro lado, o referido *carácter paranormativo*, amiúde assinalado aos estatutos sociais, não impressiona WEBER, que remete o significado dessa característica estatutária para os problemas do *conteúdo admissível para os estatutos (zulässiger Satzungsinhalt)*, não já dos seus *efeitos (Wirkung)*. Levanta-se-nos, não obstante, a inquietação sobre se esses efeitos e o seu preciso alcance, afinal, não se relacionam estreitamente com a delineação dos contornos desse *conteúdo admissível*, isto é, do que possa constar dos *estatutos materiais*.

Ainda uma terceira linha de possíveis limitações de direito nacional à prorrogação de competência, aludida brevemente por Johannes WEBER e tomada de JUNGERMANN (mas para negar-lhe provimento), é a de que o pacto de jurisdição determinaria o *conteúdo dos direitos sociais do sócio*, pelo que haveria de ser necessariamente confrontado com o direito das sociedades nacional⁸³⁴. Interessante asserto, porventura a

⁸³³ Cfr. o artigo 54.º, n.º 1, do CSC.

⁸³⁴ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 465, citando JULIA JUNGERMANN, *Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ/EuGVO und LugÜ*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, p. 233 — em toda a página, será provavelmente a seguinte a passagem relevante para o Autor, logo após JUNGERMANN notar que existe um pacto de jurisdição conforme aos arts. 17.º das Convenções de Bruxelas e de Lugano (esta, a de 1988) e 23.º de Bruxelas I quando ele incida sobre litígio atual ou potencial (nascido de relação jurídica suficientemente determinada): "Além disso, a possibilidade de conformação dos direitos sociais é apreciada de acordo com o direito nacional aplicável", remetendo a Autora para a sua própria delineação das condições para que um terceiro se veja vinculado pelo pacto de jurisdição (*ob. cit.*, pp. 164 ss.).

merecer maior detenção que a que WEBER lhe dedicou, rapidamente concluindo apenas com a menção geral de que não poderá abrir-se ao direito nacional a porta do direito das sociedades, para criar uma política legislativa própria sobre a competência internacional, desse modo se esquivando à liberal regulação dos pactos de jurisdição no artigo 23.º de Bruxelas I⁸³⁵. Falta, com efeito, verificar em que medida o conteúdo dos direitos sociais do sócio é ou não nuclearmente afectado por uma (re)configuração da respetiva tutela jurisdicional⁸³⁶.

Enfim, quanto a este primeiro aspecto, WEBER avisa-nos contra a inoperabilidade, pela sua imprecisão, de um critério que exigisse requisitos especiais de admissibilidade *jussocietária* e assim abrisse a via para o controlo do seu conteúdo nessa sede, ao arrepio do que uma interpretação autónoma do artigo 23.º de Bruxelas I imporia⁸³⁷.

Quanto ao segundo aspecto a que se referia WEBER, isto é, ao problema da caracterização do pacto de jurisdição estatutário como parte dos *estatutos materiais*, bem como a sua relação com o artigo 23.º de Bruxelas I, o Autor introduz aqui a classificação das cláusulas estatutárias, corrente na doutrina alemã e que fomos já ventilando, em *materiais e formais* (ou *próprias e impróprias*)⁸³⁸, para afirmar apenas as primeiras como capazes de integrar a *Verbandsverfassung* e, por conseguinte, produzirem efeitos perante todos os sócios, presentes e futuros. Ora: é de reconhecer *irrestrita aplicabilidade do direito das sociedades nacional* a esse nível, regulando a inclusão do pacto de jurisdição nos estatutos, seja no *originário* contrato de sociedade ou por *superveniente* modificação estatutária, sob a forma de deliberação maioritária. É o direito nacional que determina

⁸³⁵ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 465.

⁸³⁶ V. *infra*, pp. 387 ss., e, numa conclusão intercalar, o texto correspondente à n. 1252.

⁸³⁷ Não obstante deixe nessa fase do seu estudo em aberto a possibilidade de recurso a outros expedientes, no "sensível domínio da proteção dos credores", para "colocar limites à prorrogação pelos sócios": JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., pp. 465 e 469 ss..

⁸³⁸ Recorde-se que MÜLBERT restringia o seu estudo, a que nos referimos *supra*, às cláusulas estatutárias *materiais*: PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 316 (v. ainda *supra*, texto correspondente à n. 711).

quais as exigências ao nível das maiorias suficientes, e em especial “se uma maioria qualificada basta, ou é necessário o consentimento individual do sócio, porque segundo o direito nacional a derrogação das competências legais toca o domínio nuclear da socialidade”⁸³⁹. Ou seja: pese embora o Autor aceite um amplo domínio do artigo 23.º de Bruxelas I, nos termos anteriormente expostos, de tal modo que insiste não poder o direito das sociedades nacional servir para, de forma encapotada, se erigir uma política legislativa nacional sobre os conflitos de jurisdições desviante do direito da União Europeia supraestadualmente vigente, o mesmo WEBER reconhece aqui uma abertura importante para a intervenção do direito societário, na medida em que a *socialidade* é confessadamente atingida no seu *núcleo* por um pacto de jurisdição que derroge competências internacionais legalmente prescritas (ainda que não imperativas⁸⁴⁰), devendo-se, em consequência, aceitar que é ao direito das sociedades nacional que cabe legitimamente determinar de que modo surge uma cláusula estatutária, com o valor *quase-normativo* que muitas vezes lhe é reconhecido. Pois bem: esse valor *somente lhe é reconhecido*, justamente, por isso que ela constitui parte validamente integrante dos estatutos (materiais), *nos termos das regras jurídico-societárias*.

E, voltando a WEBER, nada em *Powell Duffryn* justifica leitura diversa: é certo recordar que o Tribunal de Justiça apenas dita a necessidade de respeitar como *pacto* ou *convenção* a cláusula de escolha de foro *inserida nos estatutos por deliberação maioritária, mesmo* na esfera jurídica dos sócios minoritários (eventualmente discordantes); mas tal pressupõe, irrefragavelmente, que *de acordo com o direito societário nacional essa maioria tenha competência bastante para a modificação dos estatutos*⁸⁴¹. Ora: esse pressuposto da *competência da maioria* é bastante para apelar, como é devido, a um *controlo material da inserção da cláusula*, que, como o próprio

⁸³⁹ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 466.

⁸⁴⁰ Se o fossem, a prorrogação e/ou derrogação seria nula, já o sabemos: cfr. o artigo 25.º, n.º 4, de Bruxelas Ia.

⁸⁴¹ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 466.

texto de WEBER indicia⁸⁴² e nós queremos acentuar, vai para lá de meras regras de maioria qualificada e exige o confronto com a ordem jurídica societária na sua globalidade. A discussão brotará também, a montante da fixação deste ponto, a respeito de saber se o dito *controle material* se dirige à *inserção* propriamente dita da cláusula ou, diferentemente, poderá ou deverá ocupar-se (outrossim) das condições do *exercício* da faculdade de demandar em determinado foro que foi objeto da prorrogação⁸⁴³.

Outro ponto tocado por WEBER, neste contexto de interconexão entre o artigo 23.º de Bruxelas e a lei das sociedades nacional, é o da exclusividade dos *requisitos de forma* impostos por aquele, ou, pelo contrário, a necessidade de atender às prescrições sobre forma que encontremos também nesta. Na aparência, aquele esgotaria a regulamentação da forma, na esteira do entendimento jurisprudencial europeu de que não são admitidas formas mais exigentes na lei (processual) nacional, sob pena de por essa via se minar a unificação operada por Bruxelas I⁸⁴⁴. Mas, atentando com mais delonga nestas prescrições formais, e sobretudo lançando mão de uma comparação *funcional* entre as respetivas teleologias e as que subjazem ao artigo 23.º de Bruxelas I, verificar-se-á que, ao passo que este último, sabemo-lo bem, visa garantir a efetiva prestação de consentimento na celebração do pacto⁸⁴⁵, já as formalidades nacionais societárias respeitantes aos estatutos estão associadas ao seu carácter “constitucional” da corporação (*Verbandsverfassung*) e assim de conformação da sociedade, na sua *existência* e na sua *organização*, bem como à certeza jurídica para os futuros sócios e o comércio jurídico em geral. Efetivamente, preenchendo funções diversas, respondendo a exigências normativas

⁸⁴² Ao referir-se, conforme citámos há pouco em texto, à hipotética necessidade (à luz da concreta lei societária nacional) de "consentimento individual do sócio".

⁸⁴³ V. *infra*, sobretudo pp. 419 ss..

⁸⁴⁴ TJUE, *Elefanten Schuh*, 1981.06.24, cit., n.º 25 e 26; TJUE, *Trasporti Castelletti*, 1999.03.16, cit., n.º 34, 37 ("os Estados contratantes não têm a liberdade de prescrever outras exigências de forma que não sejam as previstas pela convenção").

⁸⁴⁵ TJUE, *Estasis Salotti*, 1976.12.14, cit., n.º 7, p. 722; TJUE, *Galeries Segoura*, 1976.12.14, cit., n.º 6, p. 736; TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., n.º 5; TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 24.

distintas, não haveria por que assinalar uma coincidência excludente das formalidades nacionais. Na formulação de WEBER, as exigências subjacentes às formalidades societárias nacionais inserem-se num complexo normativo que escapa ao âmbito de aplicação do artigo 23.º de Bruxelas I, a saber: a *publicidade em relação a terceiros*⁸⁴⁶.

Terceiro e último ponto tocado por WEBER, no estudo destas interconexões, a merecer também destaque, é o da relação a estabelecer-se entre Bruxelas I e as normas nacionais relativas aos *vícios das deliberações sociais*: questão que se coloca sempre que a cláusula de escolha de foro é inserida nos estatutos em momento *ulterior ao da constituição* da sociedade, e portanto, necessariamente, por deliberação social de alteração estatutária⁸⁴⁷. Com efeito, se é verdade que existe autonomia ou

⁸⁴⁶ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 467.

⁸⁴⁷ Problema que, por conseguinte, se encontra fora do âmbito da indagação de Johannes WEBER é o de averiguar quais as consequências de *todos os sócios* (ou apenas alguns sócios, mas aí a questão será diversa) celebrarem acordos *parassociais* onde, estipulando sobre aspetos que materialmente digam respeito aos direitos e deveres dos sócios *enquanto sócios*, sujeitem os litígios daí eventualmente advenientes a um pacto de jurisdição. Será que, perguntamos, todas as cláusulas *estatutárias* que padeçam de vícios por violação da lei societária poderiam esquivar-se a essa invalidade, e não sofrer desvalor algum da ordem jurídica societária, se, diferentemente, embora com o mesmíssimo conteúdo, fossem inseridas em acordos parassociais? Isto é, o padrão de conformidade jurídico-societária varia conforme a *sede formal* de estipulação, *social* ou *parassocial*? É uma possibilidade que deixamos em aberto, podendo ser conveniente uma distinção consoante o *telos* das normas do direito das sociedades em que se funda a invalidade. Com efeito, em se tratando de normas que visem a tutela de *interesses (indisponíveis) dos sócios atuais*, a equiparação deve ser plena: de outro modo, estaria a desprover-se os sócios de faculdades ou direitos que o legislador quis imperativamente reconhecer-lhes para sua defesa, mesmo "*contra si mesmos*". Já tratando-se de normas materiais de proteção de *interesses de terceiros*, não se vê por que assumir à partida e sem mais ponderação que são extensíveis à parassocialidade as proibições *societárias*: pois se justamente os acordos parassociais não valem contra ou a favor desses terceiros, na medida em que não beneficiam de um *efeito real* ou *erga omnes*, nem tão-pouco são oponíveis à própria sociedade, então qual a razão por que haveriam de ser medidos pelos mesmos padrões da deliberação social? Mas adiante-se: isto não é dizer que um pacto de jurisdição inserido em acordo parassocial poderá ser válido ou inválido consoante a sustentação material dos litígios a que respeite (válido para pretensões baseadas em normas de proteção de terceiros, inválido para as fundadas em normas de proteção dos sócios atuais), pois isso seria precipitadamente sujeitar à *lex societatis* a apreciação da validade da cláusula constante do acordo parassocial, ao passo que não é isso que resulta necessariamente de uma certa autonomia privada que há de reconhecer-se na determinação da *lei aplicável ao acordo parassocial* (v. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 183 ss.), nem ainda da regra de conflitos hoje explícita no artigo 25.º, n.º 1, Bruxelas Ia (competência da *lex fori prorogati* em matéria de nulidade substancial do pacto de jurisdição). Sobre os acima referidos acordos parassociais *omnilaterais*, cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, "Acordos

independência⁸⁴⁸ na apreciação do pacto de jurisdição, em face do respetivo contrato principal (*Hauptvertrag*), de tal modo que a invalidade deste não provoca (ou não provoca *necessariamente*) a invalidade daquele⁸⁴⁹, não deve contudo, ao invés, deduzir-se irrestrita e imponderadamente da validade deste a validade daquele⁸⁵⁰. Isto é: nem sempre o preenchimento dos requisitos de validade impostos para a celebração do contrato principal serão suficientes para se afirmar, desde logo, a validade da cláusula jurisdicional que lhe diz respeito — ainda que o Tribunal de Justiça nem sempre tenha sido claro nesse sentido⁸⁵¹.

Parassociais — Síntese das questões jurídicas mais relevantes", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), p. 178; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, "Acordos parassociais "omnilaterais" — Um novo caso de "desconsideração" da personalidade jurídica?", in *DSR*, vol. 2, 2009, pp. 97 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª. ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 172; CAROLINA CUNHA, "Artigo 17.º — Acordos parassociais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, anot. n.º 4.1.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / RUI PEREIRA DIAS, "Sociedades fechadas", cit., pp. 22-23; DIOGO COSTA GONÇALVES, "Notas breves sobre a socialidade e a parassociedade", in *RDS*, V, 2013, pp. 792 ss.; GIUSEPPE B. PORTALE, "Patti parasociali con « efficacia corporativa » nelle società di capitali", in *Rivista delle società*, 60.º, 2015, pp. 9 ss..

⁸⁴⁸ Cfr. hoje expressamente, novidade do Regulamento de 2012, o artigo 25.º, n.º 5, de Bruxelas Ia: "*Os pactos atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como acordo independente dos outros termos do contrato. A validade dos pactos atributivos de jurisdição não pode ser contestada apenas com o fundamento de que o contrato não é válido*".

⁸⁴⁹ Mas podem coincidir as causas de invalidade: v. já *supra*, texto correspondente às nn. 818-819.

⁸⁵⁰ V. JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 468, com alusão à dissonância que encontramos no criticado acórdão *Iveco Fiat* (v. *infra*, n. seguinte) — que de todo o modo não releva sobremaneira para o nosso assunto uma vez que, ao contrário da questão levantada em *Iveco Fiat*, tratamos na discussão em texto de cláusula que desde o início seria inválida (v. *ob. cit.*, p. 468, n. 1276 *in fine*).

⁸⁵¹ Em TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., como sabemos, o TJUE decidiu, em interpretação do artigo 17.º da Convenção de Bruxelas, que "*quando uma convenção escrita, que contenha uma cláusula atributiva de jurisdição e preveja a forma escrita para a sua prorrogação, tenha caducado mas tenha continuado a constituir o fundamento jurídico das relações contratuais entre as partes, tal cláusula preenche os requisitos de forma exigidos por esse artigo, no caso de as partes, nos termos da lei aplicável, terem tido a possibilidade de prorrogar validamente o contrato inicial, sem observância da forma escrita ou, na hipótese contrária, no caso de uma ou outra das partes ter confirmado, por escrito, esta cláusula ou o conjunto das cláusulas tacitamente renovadas de que aquela faz parte, sem que a outra parte que recebeu a confirmação se lhe tenha oposto*". Tratava-se de contratos de "concessão exclusiva de venda", sujeitos a termo, prorrogáveis *por escrito* mas efetivamente "*continuados*" sem observância dessa forma. No anunciado sentido crítico (por o TJUE ter feito depender a validade da cláusula de escolha de foro da lei aplicável ao contrato principal, convocando portanto o direito internacional privado nacional para o efeito, e ter desatendido a que, em contratos sujeitos a um termo certo, a verificação deste faz com que a partir desse momento não mais haja o pressuposto *consenso* das partes), v. desde logo ERIK JAYME, "Gerichtsstand und

Para lá deste primeiro ponto de ordem, importa sublinhar que o vício da deliberação social que introduz o pacto de jurisdição estatutário pode consubstanciar-se numa *nulidade* ou *anulabilidade*, nos termos regulados nos artigos 56.º e 58.º do CSC (ou no caso alemão, nos §§ 241 e 243 AktG). Uma das questões a levantar está ligada à possibilidade de *sanação do vício*, o que na lei portuguesa interessa mormente da perspetiva da anulabilidade, tendo em vista o eventual decurso do prazo de trinta dias para a propositura da ação de anulação (artigo 59.º, n.º 2, do CSC), mas em várias outras leis *interessa também para a nulidade*⁸⁵², entre as quais a espanhola (artigo 116 (1) LSA: um ano de prazo de caducidade da ação de nulidade), italiana (artigos 2379, 2379ter e 2479ter do *Codice Civile*: em regra, três anos) e alemã (§ 242 (1), 1.º período, da AktG: sanção da nulidade por decurso de três anos após inscrição no registo comercial). Em particular, a dúvida que surge é a de saber se *também o pacto de jurisdição*, introduzido por deliberação social originariamente *inválida* mas entretanto *sanada*, produz plenamente os seus efeitos. Para WEBER, não há uma resposta unívoca: deve distinguir-se em função do *fundamento de ineficácia do pacto*. Assim, tratando-se de um vício que derive da violação do artigo 23.º de Bruxelas I (dá-se o exemplo da falta de *suficiente determinação da relação jurídica* a que diz respeito o pacto⁸⁵³), a prevalência do artigo

abgelaufener Hauptvertrag in Art. 17 EuGVÜ", cit., pp. 361-362 (com mais referências na p. 361, n. 2; para JAYME, um expediente útil às partes para se acautelarem previamente seria a inclusão no contrato de *Schriftformklauseln*, cláusulas que, além de lhes estabelecerem um *termo*, exijam especificamente para os pactos de jurisdição uma *forma escrita*: *ob. cit.*, p. 362); procurando num *favor validitatis* algum efeito útil para este jurisprudência, v. *supra*, texto correspondente e seguinte à n. 633.

⁸⁵² E era também nesse sentido a proposta de 5.ª Diretiva de direito das sociedades, no seu art. 44.º, como recorda JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 487, n. 1275. Na sua versão de 1983, acessível em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 706, o enunciado do art. 44.º era o seguinte: "*A acção de nulidade ou de anulação devem ser intentadas num prazo que os Estados-membros não podem fixar em menos de três meses ou em mais de um ano contados a partir do momento em que a deliberação da assembleia se tenha tornado oponível àquele que invoque a nulidade ou a anulabilidade.*"

⁸⁵³ WEBER cita aqui a concordância de PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 340; contudo, não se esqueça que, para este último Autor, a *Bestimmtheit* pode não ser imposta na análise *jurídico-processual* da perfeição dos estatutos (*ob. cit.*, pp. 339-341), mas deve sê-lo, ao menos na sua leitura da lei alemã, enquanto *requisito jurídico-societário*: *ob. cit.*, pp. 341-342, e *supra*, subponto anterior.

23.º de Bruxelas I, enquanto regra de direito da União Europeia, impede que o direito das sociedades nacional, porque infraordenado, venha admitir uma sanção que aquele não aceita. Mantém-se sempre, portanto, nessa hipótese, o vício e as suas consequências⁸⁵⁴. Já, porém, se a invalidade ou ineficácia do contrato principal não conduzir *per se* à invalidade ou ineficácia do pacto de jurisdição⁸⁵⁵, não deve aceitar-se, ao invés, que a validade ou eficácia do contrato principal cause ou provoque (*per se*) a do pacto de jurisdição. De todo o modo, “na medida em que o artigo 23.º de Bruxelas I remeta para a *lex causae* e assim para a lei aplicável de acordo com o estatuto pessoal da sociedade”, nada impediria, conclui WEBER, que se estendesse essa remissão também às consequências jurídicas dos vícios em deliberações e cláusulas estatutárias^{856/857}.

Levanta-se, contudo, uma dúvida processual no que respeita aos instrumentos que servem a impugnação da deliberação social que inclua o pacto de jurisdição viciado *tão-somente* devido a uma *violação do artigo 23.º de Bruxelas I, ou 25.º de Bruxelas Ia*: deverá aceitar-se o recurso às ações de impugnação de deliberações sociais (anulação ou declaração de nulidade) para esse efeito? A primeira constatação é a de que, sendo o

⁸⁵⁴ É curioso notar que, sem aparente apoio ou explicitação no que anteriormente escreve (mas também sem que a escrita do Autor neste ponto seja suficientemente clara para obviar a um equívoco), WEBER parece estar aqui implicitamente a juntar-se a quem vê na violação dos pressupostos exigidos pelo artigo 23.º de Bruxelas I uma causa de viciação da deliberação social, de acordo com o direito das sociedades nacional — ou ao menos, e isso é certo, está seguramente a contemplar a possibilidade de o direito das sociedades nacional ver no desrespeito pelas exigências do artigo 23.º de Bruxelas I uma causa de viciação por ele próprio (também) atendível, ao jeito do que propõe PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstands klauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., pp. 341-342. E, se naquele primeiro passo de WEBER surgem as ditas dúvidas, já na n. 1277 (pp. 468-469) se torna mais claro que para o mesmo Autor "nada depõe contra" aquela primeira interpretação.

⁸⁵⁵ Como já lembrámos, é de aceitar a autonomia ou independência entre estes, o que hoje está explicitado no artigo 25.º, n.º 5, de Bruxelas Ia.

⁸⁵⁶ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 468. A associação feita na passagem do Autor citada em texto compreende-se pela circunstância de que WEBER defende, para os pactos de jurisdição *estatutários*, uma impreterível aplicação do "estatuto do contrato principal" e assim do *estatuto pessoal da sociedade*, uma vez que nesse tipo de pactos existem ligações tão íntimas que não se poderia aceitar um *dépeçage*: cfr. *ob. cit.*, p. 462.

⁸⁵⁷ Sobre como deverá ler-se esta "remissão" *hoje*, ou seja, após a aprovação do artigo 25.º, n.º 1, Bruxelas Ia, onde se incluiu uma regra de conflitos em favor da *lex fori prorogati* em matéria de nulidade substancial do pacto de jurisdição, veja-se *infra*, no ponto seguinte deste capítulo.

resultado da violação daquele preceito uma *não produção de efeitos* (*Unwirksamkeit*)⁸⁵⁸ do pacto — que não poderá ser feito valer pelos pactuantes nem tão-pouco justificar a derrogação da competência internacional por lei atribuída aos tribunais de um qualquer outro Estado-membro —, não haveria uma *nulidade* ou *anulabilidade* que autorizassem o acesso àquelas fórmulas processuais, mas tão-só um fundamento para a eventual propositura de uma *ação de simples apreciação*⁸⁵⁹. De todo o modo, WEBER não é absolutamente taxativo na exclusão daquelas fórmulas⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Em rigor, note-se que a expressão ("não produzem efeitos") é utilizada em Bruxelas I (art. 23.º, n.º 5) ou Bruxelas Ia (art. 25.º, n.º 4) a propósito dos pactos que violem as regras de competência favoráveis às partes mais fracas (arts. 15.º, 19.º, 23.º de Bruxelas Ia) ou exclusivas (art. 24.º); quanto à sanção jurídica, a única expressão utilizada, agora, em Bruxelas Ia, é a da "nulidade substancial" (art. 25.º, n.º 1), e essa refere-se, não aos requisitos impostos pelo próprio art. 25.º, mas sim aos que derivam da lei do Estado-membro competente em tais matérias.

⁸⁵⁹ Na lei alemã, a *Feststellungsklage* do § 256 ZPO; na lei portuguesa, cfr. o art. 4.º, n.º 2, *a*), do CPC.

⁸⁶⁰ Ainda que aqui um pouco tergiversante, cremos poder refletir fielmente o raciocínio do Autor como segue (v. JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., pp. 468-469, n. 1277): não se vê como subsumir a hipótese a uma das causas de nulidade da deliberação nos termos do § 241 AktG, e assim à possibilidade de lançar mão da *ação de declaração de nulidade* (mas, dizemos nós, não parece à partida irrazoável assimilá-la, em hipóteses que se considere atentatórias dos direitos sociais e respetiva tutela jurisdicional, aos casos em que a essência (*Wesen*) da sociedade por ações é posta em causa, ao menos se dermos crédito à posição daqueles que vêm nesse passo inicial do § 241 (3) AktG um fundamento de nulidade em si mesmo, congregador daquelas normas jurídicas imperativas que formam a *estrutura* da sociedade: assim MARTIN SCHWAB, "§ 241 AktG", in KARSTEN SCHMIDT / MARCUS LUTTER (HRSG.), *Aktiengesetz - Kommentar*, II. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Rn. 16; ULRICH HUBER, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", cit., pp. 184 ss., dando conta de posições contrárias e suas evoluções (v. pp. 185, 186); WILHELM A. SCHEUERLE, "Das Wesen des Wesens — Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen", in *AcP*, 163., 1963, p. 438, num quadro em que expressivamente desenvolve a tese de que, em geral em diversos contextos normativos, o argumento da *essência* (*Wesen*) é um *cripto-argumento*, por detrás do qual se escondem outros (os verdadeiros) argumentos (pp. 430 ss.), tese que aplica justamente ao § 196 (3) da *Aktiengesetz* de 1937, correspondente ao § 241 (3) AktG). Tão-pouco a *ação de anulação* parece a WEBER adequada, "porque esta pressupõe uma deliberação produtora de efeitos (*einen wirksamen Beschluss*), ao passo que uma violação do artigo 23.º de Bruxelas I conduz à nulidade (*Nichtigkeit*)" — afirmação esta que todavia não mais é justificada. Por outro lado, prossegue WEBER, o legítimo interesse dos sócios em obter um esclarecimento unívoco desta questão, oponível a todos, milita em favor da utilização das fórmulas processuais das ações de impugnação (assim também "no resultado", escreve WEBER, o *Landgericht* de Munique, no acórdão analisado *supra*, pp. 59 ss. — o que se deverá certamente à circunstância de aí se analisar a impugnabilidade de deliberações sociais que inseriam também um pacto de jurisdição nos estatutos, sem que se houvesse colocado dúvidas sobre a propriedade do meio processual utilizado), sendo que para o Autor, como já notámos *supra* (n. 854), "nada depõe contra" considerar a violação do art. 23.º de Bruxelas I *também* como vício deliberativo, e assim nele entrever um elemento normativo do ordenamento jurídico que funciona outrossim como limitação normativa às deliberações sociais, cuja violação será de

2. A lei aplicável ao pacto de jurisdição societário

2.1. Indicação de sequência

Os valiosos contributos especialmente dedicados à articulação entre as particularidades *societárias* e *jurisdicionais*, a que votámos a nossa atenção no ponto precedente, abriram-nos perspetivas mais informadas sobre como de ora em diante proceder.

Em geral, o problema de delimitação entre a regulação da escolha de foro operada, explícita ou implicitamente, pelas regras de Bruxelas, por um lado, e aquilo que lhe escapa e em consequência submeter-se-á a uma lei interna — que a partir de Bruxelas Ia é inequivocamente a do *forum prorogatum* —, por outro lado, é um problema que, embora por vezes minimizado em face do que já foi sendo decidido pelo Tribunal de Justiça, permanece longe de estar claramente resolvido⁸⁶¹.

Por isso, introduzindo agora também em especial a complexidade jurídico-societária de que demos conta, procuraremos de seguida desenhar os contornos que definem os âmbitos de aplicação dos múltiplos elementos normativos que aqui confluem: *o artigo 25.º de Bruxelas Ia propriamente dito*, enquanto primordial regra definidora dos

atacar por via da ação de nulidade. "Não se vê por que motivo a cláusula de escolha de foro estatutária poderia produzir os seus efeitos jurídico-societariamente, mas não jurídico-processualmente", no que WEBER identifica uma diferença em relação ao pensamento de PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 339, que temos dificuldade em vislumbrar e nos parece mesmo um equívoco, resultante de, como já demos conta, este último Autor começar por, a propósito do requisito da *suficiente determinação* imposto pelo art. 23.º de Bruxelas I, afirmar que ele não é imposto na análise *jurídico-processual* da perfeição dos estatutos, isto é, à luz ainda da indagação sobre *quais são as exigências (jurídico-processuais) impostas pelo artigo 23.º de Bruxelas I* (*ob. cit.*, pp. 339-341; WEBER cita precisamente esta p. 339), mas deve sê-lo, ao menos na leitura que MÜLBERT faz da lei alemã, enquanto *requisito jurídico-societário*: *ob. cit.*, pp. 341-342 (v. tb. *supra*, subponto anterior).

⁸⁶¹ Assim também CRÍSTIAN ORÓ MARTÍNEZ, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro", cit., p. 23.

requisitos formais, mas também até certo ponto materiais, de admissibilidade, validade e eficácia do pacto de jurisdição; o *direito das sociedades nacional*, conforme expressamente salvaguardado pela jurisprudência europeia; e, por fim, a *lei do tribunal escolhido (lex fori prorogati)*, para a qual, em regra de conflitos inovadora em Bruxelas Ia, se remete a questão de saber se um pacto de jurisdição é "*substantivamente nulo*" (artigo 25.º, n.º 1).

2.2. A situação antes de Bruxelas Ia

Antes de 2012, envolvia-se em (ainda mais amplas) dúvidas a questão de saber qual o *estatuto da prorogação (Prorogationsstatut, nos dizeres de alguns alemães⁸⁶²)*, ou seja, qual a lei aplicável ao pacto de jurisdição.

Num primeiro passo, existe amplo consenso no sentido de que é *no próprio artigo 25.º de Bruxelas Ia*, diretamente e também por via dos desenvolvimentos jurisprudenciais pela mão do Tribunal de Justiça, e numa *interpretação autónoma*, que encontramos os preceitos reguladores do *consentimento* que é exigido para a celebração do pacto.

Há, contudo, espaços normativos que não tinham sido preenchidos pelas normas de Bruxelas⁸⁶³, avultando mormente as questões agrupáveis nos *vícios de vontade*, designadamente o erro (nas suas várias modalidades), o dolo ou a coação moral. E, em tese, várias leis seriam cogitáveis para reger a questão: dão-se os exemplos da lei

⁸⁶² P. ex. MARTIN GEBAUER, "Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht", cit., no próprio título e *passim* — sem todavia com esta locução nos esquecermos de que surgem normalmente associados efeitos prorrogatórios mas também *derrogatórios* de uma cláusula atributiva de jurisdição, que em regra subtrai a competência internacional a uma ou mais ordens jurisdicionais que a teriam, na ausência da *electio iudicis*, em virtude de conexões objetivas.

⁸⁶³ V. p. ex. BURKHARD HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht — Ein Lehrbuch*, cit., Rn. 130 (p. 311), n. 629: "O alcance da regulação comunitária (isto é, a delimitação perante o direito nacional) é até hoje controvertido".

autonomamente escolhida; da lei do tribunal escolhido (que poderão ser vários⁸⁶⁴); da lei do tribunal derogado (que poderão igualmente ser vários); ou a lei do tribunal concretamente demandado (incerta até ao momento em que, justamente, um tribunal seja chamado a decidir)⁸⁶⁵.

Não havia até 2012, porém, uma resposta explícita a este problema, sendo de sublinhar duas interesses indicações ao tempo do direito pretérito, indiciadoras das soluções hoje consagradas em Bruxelas Ia.

Com efeito, à luz do direito europeu anterior a 2012, um dos primeiros pontos de apoio da discussão está nas conclusões do Advogado-Geral SLYNN em *Elefanten Schuh*, nas quais o jurista britânico, após se pronunciar sobre os deméritos, no plano da *uniformidade* que é aqui pretendida, de outras soluções ponderáveis — tais como a aplicabilidade do *direito material*, ou antes das *regras de conflitos*, do foro concretamente demandado, que não o escolhido⁸⁶⁶ — toma expressa posição favorável à *aplicação da lei do tribunal escolhido*⁸⁶⁷. O Tribunal de Justiça acabaria por não tomar posição sobre o problema⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Num exemplo célebre, veja-se TJUE, *Meeth v. Glacetal*, 1978.11.09, cit..

⁸⁶⁵ Pode encontrar-se esta enumeração em HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 152; v. tb. ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", cit., p. 55; e já entre nós MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA ROCHA, "Competência internacional e autonomia privada", cit., pp. 168 ss..

⁸⁶⁶ V. TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Sir Gordon Slynn no caso Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain*, 150/80 (1981.05.20), pp. 1697-1698.

⁸⁶⁷ TJUE, *Conclusões do A.-G. Slynn (Elefanten Schuh)*, 1981.05.20, cit., p. 1698: "In my opinion, having regard to the objects and purposes of the Convention, Article 17 is to be read as implicitly laying down the rule that where a particular forum is referred to in writing, in what is alleged to be, or to be evidence of, a valid agreement, the law of that forum must decide whether the agreement is valid. Only in this way can any principle of uniformity be satisfied". GAUDEMÉT-TALLON, na penúltima edição do seu tratado (4.^a ed., 2010), manifestava simpatia pela solução propugnada por Sir Gordon SLYNN nas conclusões de *Elefanten Schuh*, em favor da competência da lei do tribunal designado, notando as vantagens que traria ao permitir saber desde a conclusão do contrato se a cláusula é ou não válida; ainda assim, avançava que "talvez também seja necessário" reconhecer um papel à lei do *tribunal excluído* ou *derogado*, a que caberia justamente indicar se é ou não admissível a respetiva derrogação: HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* [4.^a ed., 2010], cit., n.º 152 (p. 141). Sempre poderá dizer-se que, na respetiva dos tribunais nacionais dentro da União Europeia (mas não na dos de terceiros

Mais tarde, em *Benincasa*, o Tribunal sediado no Luxemburgo afirmou a *autonomia* (ou *separabilidade*, ou *independência*) da cláusula atributiva de jurisdição, por referência ao "contrato principal" a que se encontre adstrita⁸⁶⁹. Trata-se de uma ideia que ganhou os seus primeiros desenvolvimentos em sede de arbitragem voluntária — onde é aliás tida como um dos princípios fundantes e sagrados, o que não admira em face da sua importância para a sustentação, teórica e prática, do fenómeno arbitral⁸⁷⁰. Em *Benincasa*, o Tribunal procede à distinção "*entre pacto atributivo de jurisdição e as disposições materiais do contrato em que esse pacto se inscreve*" para concluir que, ao passo que estas últimas se regem naturalmente pela *lex causae*, já aquele "*obedece a uma finalidade processual*" e "*rege-se pelas disposições da Convenção, cujo objectivo é a criação de regras uniformes em matéria de competência jurisdicional internacional*". Por conseguinte, a "*segurança jurídica*" a que colimam as regras em análise "*podia facilmente ficar comprometida se se reconhecesse a uma parte contratante a possibilidade de se subtrair a essa regra da Convenção através da alegação da nulidade de todo o contrato com base em razões que decorrem do direito material aplicável*"⁸⁷¹.

Estados), esta última preocupação da Professora parisiense acaba por estar à partida acautelada pela circunstância de que, no seio de Bruxelas Ia e da unificação de bases de competência aí operada, as regras que determinam a "derrogabilidade" de um foro estão elas próprias unificadas — sendo que a *inderrogabilidade*, já *total* (em matéria de competências exclusivas), já *condicionada* (nas chamadas competências *protetoras*), prejudica decisivamente a *eficácia* (*sic*: "*não produzem efeitos*") dos pactos de jurisdição, conforme explicitado no n.º 4 do artigo 25.º de Bruxelas Ia (v. já *supra*, pp. 240 ss.).

⁸⁶⁸ Cfr. TJUE, *Elefanten Schuh*, 1981.06.24, cit., n.ºs 21 ss..

⁸⁶⁹ TJUE, *Benincasa*, 1997.07.03, cit., n.ºs 21 ss..

⁸⁷⁰ V. GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 311 ss.; GARY B. BORN / PETER B. RUTLEDGE, *International civil litigation in United States courts*, cit., p. 1093. Sobre este paralelo com os pactos de jurisdição, RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I'*", cit., p. 1283.

⁸⁷¹ TJUE, *Benincasa*, 1997.07.03, cit., n.ºs 24, 25, 29.

2.3. O artigo 25.º, n.º 5, de Bruxelas Ia: a autonomia ou separabilidade

Começando pela última indicação do ponto anterior, a nova redação do artigo 25.º *codifica* esta ideia de *autonomia* ou *separabilidade* em duas proposições de um novo n.º 5: "Os pactos atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como acordo independente dos outros termos do contrato. A validade dos pactos atributivos de jurisdição não pode ser contestada apenas com o fundamento de que o contrato não é válido".

Tal significa que, mesmo perante um contrato que padeça de vícios *formais* ou *substanciais*, a cláusula atributiva de jurisdição poderá sobreviver se preencher as condições formais e substanciais que lhe são de impor, mormente deduzidas a partir do próprio artigo 25.º. É assim que, por exemplo, o contrato principal que careça de escritura pública, e não tenha seguido tal forma, será porventura inválido de acordo com a lei material aplicável; mas a sua redução a escrito será bastante para que o pacto de jurisdição nele inserido valha para os litígios dele emergentes — pese embora, reitera-se, a invalidade desse contrato principal. Outrossim quando o contrato padeça de vícios substanciais, que não se consideram *necessariamente* comunicados à *independente* cláusula jurisdicional: tal não significa, todavia, que não possam coincidir as causas de invalidade, o que aliás tem um apoio literal na segunda proposição do n.º 5 do artigo 25.º: "(...) *apenas com* (...)"⁸⁷².

Assim, a autonomia não pode ser desgarrada da afirmação de uma *prioridade do Regulamento* na regulação *formal* e também *material* do consenso jurisdicional: apenas no que escape aos preceitos regulamentares, após a sua *interpretação autónoma*, está aberto o campo para a intervenção do direito material nacional que reja o *contrato*

⁸⁷² Sobre estes vários aspetos, sem variações de monta entre si, v. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 140; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 152; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.ºs 9.93 ss.; ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", cit., p. 58; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 91.

principal. Portanto, se há *regras uniformes* definidoras do regime da cláusula atributiva de jurisdição, a sua *autonomia* é como que um corolário da existência e prioridade de tais regras⁸⁷³. Em certo sentido, a palavra *autonomia* é aqui *polissemicamente* utilizada. Além da *independência* em relação ao dito contrato principal, e olhando de novo a *Benincasa*, ela pretende desde aí explicitar e cunhar uma *separação*, não (apenas) entre diversas cláusulas de um mesmo contrato, mas sim entre diversas "leis": de um lado, o artigo 25.º de Bruxelas Ia e o restante preceituado deste Regulamento, a necessitarem de uma *interpretação autónoma*; de outro lado, os *regimes nacionais*, cuja aplicabilidade fica prejudicada *pela* (ou *na medida da*) aludida autonomia do regime — de *forma(ção)*, diremos — do pacto de jurisdição.

2.4. A nova regra de conflitos do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia: sentido e alcance do reconhecimento de competência legislativa à «lex fori prorogati»

2.4.1. Conceito-quadro: «validade substancial»

A par do novo n.º 5, o artigo 25.º contém ainda, no seu n.º 1, uma novidade conflitual⁸⁷⁴: a consagração de uma regra de conflitos respeitante aos pactos de jurisdição. Na sua letra, a regra é explicitada quando se preceitua que os tribunais de um Estado-membro escolhidos pelas partes são internacionalmente competentes, "*a menos que o pacto seja, nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo*".

Nada mais se esclarece quanto ao conceito-quadro desta regra de conflitos, o que deixa em aberto os exatos termos da sua articulação com a expansiva *interpretação*

⁸⁷³ Assim FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.95.

⁸⁷⁴ Para HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., a regra a que anteriormente nos referimos (n.º 5 do art. 25.º) será diferentemente qualificável como uma "regra material de «separabilidade» entre a cláusula e o contrato principal que a contém" (n.º 152).

autónoma que foi fazendo crescer o objeto ou âmbito normativo do artigo 25.º de Bruxelas Ia, da mera *forma* para os pontos *materiais* fundamentais do consentimento⁸⁷⁵.

Começemos por notar uma *nuance* semântica que poderá ser duplamente significativa: a regra de conflitos não afirma literalmente, como objeto da conexão que inscreve, a *validade substantiva*, mas sim a questão de saber se o pacto é "*substantivamente nulo*".

Em primeiro lugar, o elemento literal poderia dar azo à interpretação que restritivamente visse no objeto da nova regra de conflitos tão-somente *causas de nulidade*, por oposição a *causas de invalidade* em sentido mais amplo, incluindo a *anulabilidade*. Não é, de todo, uma boa solução⁸⁷⁶, tanto mais se atentarmos na amplitude que é reconhecida à expressão "*null and void*", usada na versão inglesa, que no contexto da Convenção da Haia de 2005 parece dever também ser entendida no sentido mais amplo propugnado⁸⁷⁷. Em acréscimo, ao passo que em português ou alemão encontramos apenas "*substantivamente nulo*", "*materiell nichtig*", já as versões inglesa, espanhola, francesa, italiana ou neerlandesa (de entre as que conseguimos compreender) fornecem apoios literais mais fortes: "*null and void as to its substantive validity*"; "*nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material*"; "*la validité (...) est entachée de nullité quant au fond*", "*nullo dal punto di vista della validità sostanziale*", "*nietig (...) wat haar materiële geldigheid betreft*".

⁸⁷⁵ V. já *supra*, pp. 255 ss..

⁸⁷⁶ Assim ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 793; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81c; TANJA DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO — Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht", in *RabelsZ*, 78, 2014, p. 527; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.70.

⁸⁷⁷ V. TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 126 ("The 'null and void' provision applies only to substantive (not formal) grounds of invalidity"; ou seja, *apenas* a causas *substantivas* mas sem fazer limitações no seio destas). No caso paralelo das convenções de arbitragem, o Artigo V, n.º 1, *a*), da Convenção de Nova Iorque refere a propósito das bases de recusa de reconhecimento a circunstância de a convenção ser "*not valid*" (v. GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, cit., a propósito da bondade dos critérios conflituais do Artigo V também para a validade da convenção nos termos do Artigo II, p. 461).

Em segundo lugar, esta circunscrição literal à "*nulidade substantiva*", nos termos em que a regra de conflitos está posta, é vista como uma confirmação do entendimento de que o Regulamento fixa a validade da cláusula *a partir do preenchimento dos requisitos formais* estabelecidos pelo artigo 25.º de Bruxelas Ia: esse preenchimento dá então origem a um *indício*, senão mesmo a uma *presunção*, de validade substancial^{878/879}.

De toda a maneira, afigura-se-nos judiciosa a orientação que, perante a relativa *turvação* das linhas de demarcação entre o conceito-quadro da regra de conflitos do artigo 25.º, n.º 1, e o objeto da normação autónoma desse mesmo artigo 25.º, tende para a ampliação deste último nos casos duvidosos, com vista à uniformidade de regime pretendida⁸⁸⁰. Aliás, uma das críticas formuladas à nova regra de conflitos é a de não deixar transparecer, tão bem como deveria, o seu relativamente restrito campo de aplicação⁸⁸¹ — já para não apontar a crítica cimeira de, em momento algum, haver uma indicação definidora, ou ao menos aproximadamente delimitadora da noção de *validade substancial*⁸⁸². De todo o modo, a doutrina vai já assentando bases, que nos parecem boas, no sentido de que a nova regra de conflitos *deixa intocada a jurisprudência do Tribunal*

⁸⁷⁸ Falando em *presunção da validade*, ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 79a; em *indício de um consenso*, PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 39; em "presunção — ou, pelo menos, uma indicação" (avançando depois que "a presunção parece ainda mais clara" no novo artigo 25.º de Bruxelas Ia), FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.36 (tb. 9.54).

⁸⁷⁹ Em análise às regras de conflitos de leis que podemos identificar nos artigos 5.º, n.º 1, 6.º, a), e 9.º, a), da Convenção da Haia de 2005 (em que a linguagem é: "*null and void under the law of the State of the chosen court*"; "*nulo nos termos do direito do Estado do tribunal eleito*"), Ronald BRAND alude à circunstância de a escolha da lei do tribunal escolhido para as questões de *validade substantiva* significar que esta convenção internacional "começa por tratar o acordo de escolha de foro como válido para efeitos de determinar a lei aplicável à sua própria validade": RONALD A. BRAND, "The Evolving Private International Law / Substantive Law Overlap in the European Union", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, p. 377.

⁸⁸⁰ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81c.

⁸⁸¹ P. ex. (ainda durante o processo legislativo) MARTIN GEBAUER, "Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht", cit., pp. 585, 588.

⁸⁸² Como sublinha STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for", cit., p. 135, lamentando ainda (p. 137) que não tenha havido o cuidado de introduzir um considerando clarificador, por complexa que fosse, concede, a sua redação.

de Justiça sobre os aspectos não apenas *formais* mas também *substanciais* da prestação de consentimento na cláusula jurisdicional; não há indicações de que fosse pretendido um afastamento de tudo quanto foi sendo decidido, e tão-pouco se afiguraria vantajosa, sob qualquer ponto de vista, uma tal solução⁸⁸³.

Uma das matérias que era já anteriormente tida por excluída do âmbito do atual artigo 25.º de Bruxelas Ia, e que poderia agora ponderar-se estar ou não incluída no conceito-quadro da nova regra de conflitos, é a da *capacidade das partes* — o que, é bem de ver, se reveste de enorme importância para as sociedades. Não temos quaisquer dúvidas de que a matéria da capacidade não deve ser minimamente associada à nova regra de conflitos, apesar de algumas indicações doutrinárias aparentemente nesse sentido⁸⁸⁴.

2.4.2. Elemento de conexão: «lex fori prorogati» e referência global

Uma vantagem importante da opção pela *lex fori prorogati* é a de permitir saber, *desde a celebração* do contrato que inclui a cláusula, se ela é válida ou não. Ainda que os termos do estabelecimento da conexão não deixem o intérprete isento de dificuldades: basta pensar, como sucedeu em *Meeth*⁸⁸⁵, numa cláusula que fixe a competência internacional exclusiva de *um* tribunal quando *uma* parte demande, e de *um outro* tribunal

⁸⁸³ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 79a. Diferentemente, STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for", cit., p. 136 ("O debate está assim relançado, num quadro renovado que sem dúvida não permitirá ao Tribunal manter inteiramente a jurisprudência antiga.").

⁸⁸⁴ Temos em mente TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 126, em que se enumera entre os "generally recognised grounds (...) of invalidity" a "lack of capacity". Pelo contrário, e bem, no nosso entender, cfr. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81 (identificando "capacity" como uma das matérias que permanece entre o escopo do artigo 25.º e a nova regra de conflitos); JAN VON HEIN, "Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung", in *RIW*, 2013, p. 106. Para a arbitragem, v. Artigo V, n.º 1, a), da Convenção de Nova Iorque de 1958; cfr. GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, cit., p. 553.

⁸⁸⁵ TJUE, *Meeth v. Glacetal*, 1978.11.09, cit..

quando seja *a outra* a parte demandante. Qual das leis, de qual dos tribunais escolhidos, é a *lex fori prorogati* para efeitos do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia?

Ora, atentemos assim no elemento de conexão de que Bruxelas Ia faz depender a designação da lei competente para apreciar a *validade substancial* do pacto de jurisdição, que é a *lex fori prorogati*, isto é, a lei do tribunal escolhido pelas partes.

Muito embora o domínio civil e comercial não seja tradicionalmente domínio em que a *teoria do reenvio* colha ampla atendibilidade⁸⁸⁶, tudo parece indicar no sentido de que por "*lei desse Estado-Membro*" deve entender-se — esclarece o considerando n.º 20 do Regulamento de 2012 — "*a lei do Estado-Membro do tribunal ou tribunais designados no pacto, incluindo as regras de conflitos de leis desse Estado-Membro*".

O jurista de tradição romano-germânica que acordasse hoje de um sono de meio século poderia questionar-se sobre a atenção que votamos a um *considerando* introdutório ao articulado do Regulamento, sem reflexo imediato no texto das disposições *propriamente ditas*. Mas a verdade é que, muito por influência da tradição de *Common Law*, não é hoje inequívoco o valor a reconhecer aos considerandos na legislação secundária europeia, como que a meio termo entre o *ato legislativo*⁸⁸⁷ e a mera disposição preambular fundamentadora das soluções normativas (*proprio sensu*) adotadas^{888/889}.

⁸⁸⁶ Sem rodeios, sobre o novo n.º 1 do art. 25.º, ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.207: "Most alarmingly of all, it plants the principle of *renvoi* in an area of commercial law from which it had been always excluded; it is hard to see that any good will come of it".

⁸⁸⁷ Embora já se tenha afirmado a ausência de força vinculativa de um jeito tipicamente *normativo*: v. TJUE, *Inspecteur van de Belastingdienst v. X BV*, C-429/07 (2009.06.11), n.º 31: "(...) um considerando de um regulamento, embora possa permitir esclarecer a interpretação a dar a uma regra jurídica, não pode constituir, em si mesmo, uma dessas regras (...)".

⁸⁸⁸ V. p. ex. ANDREAS VOGELER, *Die freie Rechtswahl*, cit., p. 48, n. 290, que alude aos considerandos a propósito do elemento *histórico* da interpretação jurídica; TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 11.18 ("In EU legislation, recitals are intended to indicate how substantive provisions are to be interpreted").

⁸⁸⁹ Cfr., a propósito em específico de Bruxelas Ia, ANDREW DICKINSON, "1. Background and Introduction to the Regulation", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.ºs 1.56 ss., onde se traça uma interessante sistematização dos vários princípios e objetivos do Regulamento a partir da sua menção nos considerandos: livre circulação de decisões judiciais (n.ºs 4, 6, 26 e 27); proteção dos réus e de partes mais fracas (n.ºs 14, 15 e 18); certeza jurídica (n.ºs 15 e 16); e confiança mútua (n.º 26).

Seja como for, em face do artigo 25.º, vai-se cimentando a ideia de que se deve tomar aqui por "*lei*", dando crédito e força normativa ao considerando n.º 20, a *ordem jurídica designada como competente após mobilização das regras de conflitos dessa mesma lei*, à semelhança do que — mais uma vez não no próprio articulado, mas num relatório explicativo oficial — se entende ser a interpretação devida dos preceitos paralelos da Convenção da Haia de 2005, que aqui terão servido, manifestamente, de inspiração^{890/891}.

⁸⁹⁰ À primeira vista reticente (pela ausência de "statutory weight" do considerando, bem como do aludido relatório explicativo respeitante à Convenção de Haia de 2005 (TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 125, em que é advogada idêntica solução), mas ao fim e ao cabo afirmativo, ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a; tb. ARNAUD NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", cit., p. 55; STÉPHANIE FRANCO, "Les clauses d'élection de for", cit., p. 131 (questionando ainda, sem apontar resposta, se estaremos perante "uma «regra de conflitos» clássica revestida do mecanismo do reenvio" ou "mais amplamente" de "uma regra de conflitos de sistemas ordenadora das relações de sistemas entre Estados membros sem modificar as suas regras de direito internacional privado", concluindo apenas pelo resultado já identificado). Críticos desta solução, v. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.207, como vimos; ILARIA QUEIROLO, "Prorogation of Jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation", in FAUSTO POCAR / ILARIA VIARENGO / FRANCESCA C. VILLATA (EDS.), *Recasting Brussels I*, Cedam, Milano, 2012, pp. 190-191 (ainda em face da proposta da Comissão Europeia; aliás, apenas nesse plano *de lege ferenda* se poderia aceitar a contrariedade apontada pela Autora entre um entendimento *global* e não material da referência à *lex fori prorogati*, por um lado, e o "bem estabelecido princípio" que afasta o reenvio quando a autonomia privada funciona como elemento de conexão, por outro lado: se é verdade que, como aí se aponta, Roma I e Roma II são disso manifestação, tal como o são muitas leis nacionais (em Portugal, veja-se o art. 19.º, n.º 2, do CC), uma referência *global* à *lex fori prorogati* não é incompatível com o aludido respeito pela autonomia privada, pela simples razão de que o direito secundário europeu não veio aqui regular o exercício de autonomia privada no que toca à *lex causae* da *electio iudicis* (possível, embora incomum na prática), mas sim e apenas admitir e regular a própria *electio iudicis*); muito crítico, FAUSTO POCAR, "On the Substantive Validity of Choice-of-Court Agreements under the EU Brussels I Regulation Recast", in PATRIK LINDSKOUG / ULF MAUNSBACH / GÖRAN MILLQVIST / PER SAMUELSSON / HANS-HEINRICH VOGEL (EDS.), *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget, Lund, 2013, pp. 475-476; numa crítica mitigada, que parece conceder algum crédito à solução do reenvio quando haja uma concomitante escolha de lei, TENA RATKOVIĆ / DORA ZGRABLJIĆ ROTAR, "Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)", in *Journal of Private International Law*, 2013, p. 257-258. Deixando em aberto, após indicar que "as dificuldades subsistirão" porque "o direito internacional privado dos Estados membros é frequentemente incerto (*est souvent mal fixé*) para decidir sobre a lei aplicável à cláusula atributiva de jurisdição" e "o regulamento Roma I não se aplica a uma tal cláusula", HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 152.

⁸⁹¹ Sublinhando semelhantes *Rechtswahlen* que o não serão em sentido próprio mas produzem tais efeitos de forma limitada, indireta ou reflexa, veja-se p. ex. GERHARD HOHLOCH, "Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip (Zur Bedeutung des Parteiwillens im europäischen Internationalen Privatrecht)", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse* —

Assente a presença de uma *referência global* e não apenas *material*⁸⁹² ou imediatamente dirigida ao direito substantivo da *lex causae*, neste caso a *lex fori prorogati*, a questão seguinte é a de saber *que regras de conflitos regem, em cada um dos Estados-membros, a validade substancial do pacto de jurisdição*, para efeitos de, como manda a referência global, "seguir essa nova referência, desistindo da primeira"⁸⁹³.

A resposta que, num primeiro impulso, faria sentido é a de recorrer às regras de conflitos unificadas a nível europeu, com respeito aos *pactos* em geral, ou seja, aos *contratos* e às *obrigações contratuais*. No entanto, o Regulamento Roma I, que a estes se dedica, exclui expressamente as "*convenções de arbitragem e de eleição do foro*" do seu âmbito material de aplicação (artigo 1.º, n.º 2, e)).

A solução que a partir daqui seria de avaliar é a da aplicação das regras de conflitos de cada uma das leis nacionais; mas cedo encontraríamos dificuldades de monta,

Festschrift til Helge Johan Thue, Gyldendal, Oslo, 2007, pp. 260-261, lembrando que a escolha de um foro como competente traz consigo a escolha do respetivo *direito processual*, bem como o "legal e legítimo 'forum shopping'" encastrado no pacto de jurisdição, quando na realidade as partes (ou uma delas) saiba(m) que o tribunal convencionalmente escolhido aplicará *uma determinada lei material*, sem que as partes cheguem a acordar na escolha dessa lei, expressa ou tacitamente (tb., entre outros, JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 441). Não obstante, deixe-se registado que, é certo, a partir do mero pacto de jurisdição não poderemos efetivamente fixar uma escolha de lei, mesmo que ele não seja nessa sede irrelevante (cfr. o considerando n.º 12 de Roma I: "*O facto de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser um dos factores a ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara*"; a propósito, v. DIETER MARTINY, "Art. 3 Rom I-VO Freie Rechtswahl", cit., Rn. 48; assim se não consagra um verdadeiro *qui elegit iudicem elegit ius* (v. ROBIN MORSE, "The Substantive Scope of Application of Brussels I and Rome I", cit., pp. 197 ss.)); mas tal não significa que, na realidade, não possam vir a encontrar-se comportamentos concludentes das partes nesse sentido, se dos elementos disponíveis sobre a formação do contrato resultar *com toda a probabilidade* essa escolha (usámos em itálico os termos do art. 217.º, n.º 1, do Código Civil português, ao definir a *declaração tácita*, mas é o próprio Roma I, e não o direito material nacional, que estabelece os critérios a preencher para que estejamos perante uma tácita *electio iuris*: v. por todos ERIK JAYME, "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln", cit., pp. 438, 439).

⁸⁹² Sobre esta distinção, v. por todos ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., p. 269.

⁸⁹³ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., p. 273.

seja porque em alguns deles tais preceitos foram revogados⁸⁹⁴, seja porque os preceitos assim aplicáveis não se adequam ao espírito com que Bruxelas Ia regula a autonomia privada em matéria jurisdicional. O exemplo português é flagrante: o controlo do "*interesse sério dos declarantes*" na escolha expressa ou tácita da lei que rege a validade substancial da prorrogação (artigo 41.º, n.º 2, do CC) vai em contramão relativamente à liberdade com que é hoje tratada, nos regulamentos europeus em matéria civil e comercial, tanto a *electio iuris* como a *electio iudicis*. Na falta de escolha da lei aplicável, se o critério da *residência habitual comum das partes* é adequado (artigo 42.º, n.º 1, do CC), a sua aplicabilidade em contratos internacionais não será muito comum e, em acréscimo, a conexão subsidiária prevista para a hipótese de não concretização da *cumulação de conexões* exigida por aquele critério, quanto aos contratos onerosos, que é a do *lugar da celebração* (artigo 42.º, n.º 2, do CC), parece-nos aqui desajustada. O Código de Processo Civil, por seu turno, em particular o artigo 94.º, n.º 3, incide materialmente em aspectos já cobertos pela noção autónoma de acordo, conforme regulada no artigo 25.º de Bruxelas Ia. E tão-pouco seria incontestável uma analogia com a arbitragem internacional que justificasse a convocação do artigo 51.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária⁸⁹⁵: basta recordar que, em contexto de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, não há limitações de princípio à consideração de aspectos relativos à prestação de consentimento no compromisso em árbitros em sede de eventual contrariedade à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento⁸⁹⁶, ao passo que, em Bruxelas Ia, impera uma estrita *irrevisibilidade da competência internacional*

⁸⁹⁴ É o caso da Alemanha: v. p. ex. JAN VON HEIN, "Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands-", cit., p. 105; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a.

⁸⁹⁵ Do seguinte teor: "*Tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é suscetível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português*". Para um breve primeiro comentário, sublinhando o *favor negotii* que aqui tem expressão, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Artigo 51.º", cit., p. 134.

⁸⁹⁶ Cfr. o art. V, n.º 2, b), da Convenção de Nova Iorque de 1958, bem como o art. 46.º, n.º 3, b), ii), da LAV.

assumida pelo tribunal de origem, com exclusão expressa da invocação da ordem pública internacional⁸⁹⁷.

Vão, por conseguinte, desenhando-se argumentos fortes no sentido de uma *aplicação analógica de Roma I*⁸⁹⁸, ou, se preferirmos, um alargamento do seu âmbito material de aplicação que desatenda à citada exclusão do artigo 1.º, n.º 2, e) de Roma I.

Primeiro, é sem dúvida a resposta que melhor põe em prática a *uniformização* das soluções conflituais. Se a unificação em torno da *lex fori prorogati* tem já o mérito de não mais se colocar a dúvida, por exemplo, sobre como deve proceder o tribunal *derrogado* mas concretamente chamado a decidir — que agora, por certo, tem que recorrer à *lex fori prorogati*, não à sua própria, ainda que subsistam as dúvidas, com que estamos a lidar, do alcance dessa referência global —, esse mérito é pleno se pudermos lidar com regras idênticas na definição última da lei material aplicável à validade substancial do pacto de jurisdição.

Segundo, o funcionamento das conexões inscritas em Roma I, ao contrário do que sucederia, como vimos, com o Código Civil português, é satisfatório: teríamos em primeiro lugar a (praticamente incomum, mas possível) escolha *expressa* da lei aplicável especificamente aos aspectos de validade substancial do pacto de jurisdição, ou a sua

⁸⁹⁷ Com a ressalva, sabemos já, das regras jurisdicionais protetoras e das competências internacionais exclusivas: cfr. o artigo 45.º, n.º 3, de Bruxelas Ia.

⁸⁹⁸ Assim JAN VON HEIN, "Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands-", cit., p. 105; ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 794; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.68; parecendo abrir também a possibilidade, DIETER MARTINY, "Art. 1 Rom I-VO Anwendungsbereich", cit., Rn. 61; mas menos claro, apontando apenas as alternativas (ainda por referência a Bruxelas I) de aplicar as leis nacionais (que aí parece ser favorecida) ou de uma "interpretação extensiva da regulação unificada", referindo-se (compreende-se pelas citações feitas) ao art. 23.º de Bruxelas I e à sua interpretação autónoma, DIETER MARTINY, "Vorbemerkung zu Art. 1 Rom I-VO", cit., Rn. 61. Pronunciando-se já em face da Convenção de Roma de 1980 contra o seu então art. 1.º, n.º 2, d), de modo a que também as convenções de arbitragem e de escolha de foro fossem abrangidas, v. PETER GOTTWALD, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 309. Em sentido oposto, TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 7.112 (p. 167), n. 128 ("It should be noted that the Rome I Regulation (choice of law regarding contracts) does not cover the validity of choice-of-court agreements: Rome I, Article 1(2)(e). So courts in EU Member States would apply national choice-of-law rules.").

tácita dedução a partir da *professio iuris* feitas pelas partes com respeito ao *contrato principal*⁸⁹⁹, nos termos do artigo 3.º de Roma I; e, na ausência de escolha, a igualmente satisfatória aplicação dos critérios do artigo 4.º desse Regulamento, designadamente do seu n.º 4, nos termos do qual reconheceríamos competência à lei do país com o qual o contrato apresenta uma conexão mais estreita — sendo que, por uma ideia de *conexão acessória*⁹⁰⁰, mais uma vez ganharia força a aplicação da lei competente para o *contrato principal*.

Terceiro, agora da perspetiva das consequências da *não* aplicação de Roma I, os sistemas de reenvio nacionais, como é sabido, não são todos idênticos; e uma das diferenças está na amplitude ou alcance da devolução que é feita pela regra de conflitos local à lei estrangeira, designadamente se se trata de uma *devolução simples*, na perspetiva clássica, que no fundo é fiel à ideia de referência global apenas num primeiro momento, ou antes de uma *dupla devolução*, em que o juiz local deve alinhar rigorosamente a sua posição pela que seria adotada pelo hipotético juiz do sistema jurídico que a regra de conflitos indica como competente, o que tecnicamente obrigará o primeiro juiz a tomar em consideração as regras sobre reenvio a que o segundo juiz está adstrito⁹⁰¹. No hipotético pressuposto da aplicação das leis nacionais, o texto do considerando n.º 20 de Bruxelas Ia, ao simplesmente dizer "*incluindo as regras de conflitos de leis desse Estado-Membro*", se literalmente poderá favorecer a primeira

⁸⁹⁹ ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a, lembrando que esta solução em nada belisca a ideia de autonomia ou separabilidade; v. tb. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.68.

⁹⁰⁰ Sobre esta (em Roma II, mas com indicações gerais), cfr. ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado — A Mudança de Paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 408 ss..

⁹⁰¹ V. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., pp. 272 ss.; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito internacional privado — O regime da devolução no Código Civil de 1966 (Curso Jurídico 1967/1968)*, AAFDL, Lisboa, 1984, pp. 7-8; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, cit., pp. 178 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado — Sumários*, AAFDL, Lisboa, 1987, pp. 153 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 535 ss..

alternativa, não afasta absolutamente a segunda⁹⁰². E tão-pouco exclui, em bom rigor, uma teoria do reenvio como a portuguesa que, tão complexa quanto inteligentemente pragmática, faz operar o reenvio como função dos princípios que fundamentalmente regem o direito internacional privado português, entre os quais sobressaem a harmonia jurídica internacional e, com ponderável utilidade acrescida nas matérias que tratamos, o *favor negotii*⁹⁰³. Pois bem: a aplicação de Roma I deita por terra todos estes obstáculos interpretativos de monta.

Um possível quarto argumento favorável, ainda que não decisivo, pode outrossim extrair-se da *coerência interregulamentar* que é desejada, tal como se lhe dá voz no considerando n.º 7 de Roma I ("*O âmbito de aplicação material e as disposições do presente regulamento deverão ser coerentes com (...) Bruxelas I (...) e com (...) «Roma II»*")⁹⁰⁴. Com efeito, num domínio que está *normativamente ocupado* pelo direito da União Europeia, tanto nos conflitos de leis como nos conflitos de jurisdições, a remissão inovadora de Bruxelas Ia para regras de conflitos de leis em matéria qualificável como *contratual* deveria preferencialmente convocar regras de conflitos *unificadas pela União*, e não *fragmentar* a solução conflitual em vinte e oito potencialmente distintas respostas (tantas quantos os Estados-membros, quando não mais, em virtude das particularidades de ordenamentos jurídicos plurilegislativos). Insistimos, todavia, em que o argumento não é decisivo: bem se poderia, em sentido contrário, atentar mais formalmente em que o

⁹⁰² Aliás, um dos Autores do relatório explicativo da Convenção da Haia de 2005, neste particular certamente inspiradora de Bruxelas Ia, Trevor HARTLEY, após descrever brevemente aquelas duas doutrinas, associando a primeira a França e Alemanha e a segunda a Inglaterra e outros sistemas de *Common Law*, acaba por manifestar preferência pela *foreign court theory*, enquanto a mais apropriada ao objetivo pretendido, que identifica ser o de "evitar resultados contraditórios" através da adoção, por todos os outros tribunais, da "solução que seria aplicada pelo tribunal escolhido": TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 7.112.

⁹⁰³ V. por todos, em resumo, RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado – Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos da disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 52-53, e, em pormenor, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, cit., pp. 190 ss..

⁹⁰⁴ Lembrando que é a esta coerência que se dá voz no art. 1.º, n.º 2, e), de Roma I, CARL FRIEDRICH NORDMEIER, "Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)", in MARTIN GEBAUER / THOMAS WIEDMANN (HRSG.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl., Boorberg, Stuttgart, 2010, Rn. 17.

problema da lei aplicável à validade substancial de um pacto de jurisdição já se colocava em 2000 quando existia Bruxelas I, que não continha qualquer resposta, e é em 2008 que surge Roma I, que, perante esses dados, entendeu mesmo assim manter as "*convenções (...) de eleição do foro*" fora do seu âmbito material de aplicação.

É de assinalar que, do ponto de vista das *fontes*, as maiores dúvidas que em teoria cogitamos sobre a aplicação analógica de instrumentos legislativos europeus (e mais ainda internacionais-convencionais) têm origem nos obstáculos que poderiam ser colocados ao nível das competências das Instituições (ou da autorização legislativa para a ratificação de um tratado) e respetivas limitações materiais. Porém, propostas de aplicação analógica de Roma I à determinação da lei aplicável à validade substancial do pacto de jurisdição, como as que aqui analisamos, sobrevivem peffeitamente a tais críticas eventuais: repare-se como não existe qualquer dúvida de que estamos em matéria da competência da União, nos termos dos artigos 67.º e 81.º do TFUE. Em acréscimo, note-se como o próprio legislador regulamentar teria tido inteira liberdade de resolver ele próprio (ou eliminar na raiz) a questão, se simplesmente tivesse optado por, ao contrário da Convenção da Haia de 2005 (conforme esclarecido no respetivo relatório), adoptar no artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia uma regra de conflitos em que não operasse o reenvio, mas sim uma simples *referência material* para a *lex fori prorogati*.

Voltando, enfim, ao inicialmente citado acórdão *Meeth*⁹⁰⁵, podemos identificar um quinto argumento⁹⁰⁶, com a virtualidade adicional de ilustrar as vantagens da *referência global* à *lex fori prorogati*, por comparação com a mera *referência material*: aquela, quando acoplada a uma aplicação expansiva ou analógica do preceituado no Regulamento Roma I, tendo em consideração que este está em vigor em todos os Estados-membros, tem por consequência que aqueles tribunais em paralelo escolhidos (em *Meeth*, franceses

⁹⁰⁵ *Supra*, n. 885 e texto correspondente.

⁹⁰⁶ V. tb. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81f.

e alemães) considerariam em princípio⁹⁰⁷ competente *a mesma lei material*, que seria afinal aplicada às questões de validade substancial do pacto de jurisdição.

2.4.3. A relação com o artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia

Tivemos já breve oportunidade⁹⁰⁸ de sublinhar a importância fundamental do artigo 31.º, n.º 2, de conteúdo inovador no contexto das regras jurisdicionais de Bruxelas, a tal ponto que se lhe cunhou o título de alteração mais significativa do Regulamento de 2012, por referência aos pactos de jurisdição⁹⁰⁹. Com a obrigação imposta, a todo o tribunal de um Estado-membro, que não o exclusivamente⁹¹⁰ escolhido, de *suspendere a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente*, valoriza-se a autonomia privada expressada na *electio iudicis*: não mais poderá o tribunal não escolhido ser (ab)usado para *demandata torpedeante*, com o único fito de empecilhar a administração da justiça no tribunal escolhido, uma vez que, ao contrário do que sucedia à luz das regras anteriores, como interpretadas pelo Tribunal de Justiça em *Gasser*, não mais terá o tribunal escolhido que aguardar pela pronúncia de qualquer dos demais.

Para que o *dever de suspensão de instância* se imponha ao tribunal primeiramente chamado a decidir (*Erstgericht*) mas não exclusivamente escolhido, é necessário que a

⁹⁰⁷ Dizemos *em princípio* porque não é passível de ser garantido, mesmo apesar da uniformização interpretativa a cargo do TJUE, que tribunais de diferentes Estados-membros venham efetivamente a aplicar do mesmo modo as mesmas regras (basta pensar no que sucede nos tribunais nacionais em aplicação da lei interna; e levá-lo à potência de vinte e oito Estados-membros...). Com semelhantes salvaguardas ("at least in theory"), ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81f.

⁹⁰⁸ V. *supra*, parágrafo correspondente à n. 353.

⁹⁰⁹ Nas palavras de ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 796.

⁹¹⁰ Na hipótese de escolha *não exclusiva*, mantém-se o *status quo* anterior ao Regulamento de 2012: v. ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 799; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81e; PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 19.

parte demandada no primeiro, por um lado, *não prorogue tacitamente a competência* do primeiro, comparecendo sem invocação da sua incompetência, e, por outro lado, *proponha ação no foro escolhido*: a simples alegação junto do primeiro de que ele é incompetente não produzirá os efeitos de atribuição de prioridade ao *forum prorogatum*, até que este seja efetivamente chamado a decidir. Se pudessem surgir dúvidas de que esta é a interpretação correta, o considerando n.º 22 esclarece-as, ao prever: "o tribunal demandado em primeiro lugar deverá ser chamado a suspender a instância *logo que o tribunal designado seja demandado*"⁹¹¹.

Não quer isto dizer, no entanto, que todas as dificuldades tenham sido eliminadas. Sobretudo, não fica explicitamente assente *até que ponto*, ou *com que profundidade*, o *forum derogatum* terá ou não que apreciar e se debater com a questão da existência e validade do pacto de jurisdição que a parte demandada invoque para pôr em causa a competência desse foro⁹¹².

⁹¹¹ Assim ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 797; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.48; MIRIAM POHL, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 112; e PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., pp. 19-20, que enumera mais exaustivamente seis requisitos para a intervenção do art. 31.º, n.º 2: *exclusividade* da eleição do foro, propositura da segunda ação no tribunal escolhido, não submissão tácita ao foro não escolhido, identidade da lide (para que se trate de verdadeira *lis pendens*), o *forum prorogatum* é tribunal de um Estado-membro e, por fim, a não contrariedade às regras jurisdicionais protetoras ou de competência internacional exclusiva (salvaguardadas pelo art. 25.º, n.º 4). Poderíamos ser tentados a acrescentar: que as partes não tenham celebrado dois pactos de jurisdição *conflitantes entre si*, caso em que também voltaríamos à regra geral de *lis pendens* do artigo 29.º de Bruxelas Ia, como sugere FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.48; no entanto, é provável que nessa hipótese não tenhamos *sequer um* pacto de jurisdição, pois, se as cláusulas são contraditórias, *não há sequer consenso* em qualquer dos casos: assim PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 19; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 100. Tal contradição pode facilmente suceder quando ambas as partes predispõem clausulados contratuais gerais que enviam às contrapartes — sobre estas *battle of forms*, em geral, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, cit., pp. 179 ss., e, em pormenor, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Conflito de Clausulados e Consenso*, cit..

⁹¹² V. a propósito ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, "Brussels I on the Verge of Reform — A Response to the Green Paper", cit., p. 12 (ainda em fase de discussão dos termos da reformulação de Bruxelas I); ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., pp. 796-797; PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., pp. 20 ss.; TANJA

É seguro, desde logo, que não basta à parte nisso interessada *a simples alegação* (*simple assertion, bloße Behauptung*), sem mais, de que foi em tempo escolhido pelas partes o tribunal de um outro Estado-membro⁹¹³.

Mas parece dever bastar, vai sendo dito, uma demonstração *prima facie*, uma *Anfangswahrscheinlichkeit* — diríamos, um *início de prova* que permita gerar a convicção sobre a *probabilidade séria da existência e validade do pacto de jurisdição* — de que as condições de aplicabilidade do artigo 31.º, n.º 2, estão preenchidas⁹¹⁴. Para esse efeito, podem ser apresentados no *forum derogatum* os documentos comprovativos da propositura da segunda ação no *forum prorogatum*, por um lado, e da existência do pacto de jurisdição, por outro⁹¹⁵.

Não é de aceitar a perspetiva que deduz de uma referência literal, no artigo 31.º, n.º 2, à *atribuição* de competência exclusiva, a conclusão de que o tribunal não escolhido poderia ou deveria proceder a uma plena análise jurisdicional da validade e eficácia do pacto alegado⁹¹⁶. Uma tal interpretação iria contra a *ratio* do artigo 31.º, n.º 2, pois estaríamos a minar a prioridade que é manifestamente atribuída ao *forum prorogatum* se admitíssemos uma tramitação processual junto de outro tribunal acerca da conformidade

DOMÉJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., pp. 533 ss.; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.ºs 11.41 ss., *maxime* 11.48 ss..

⁹¹³ TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 11.20; TANJA DOMÉJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 535; PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 21; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.50.

⁹¹⁴ TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 11.20; TREVOR HARTLEY, "Choice-of-Court Agreements and the New Brussels I Regulation", in *Law Quarterly Review*, 129(Jul.), 2013, pp. 312-313; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.50; TANJA DOMÉJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 535; PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 22. Para SERGIO M. CARBONE, "Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012", in *Dir. comm. int.*, 27.3, 2013, a "*única circunstância que poderá ser verificada*" pelo juiz do *forum derogatum* "*é a mera existência material da cláusula de prorogação e a sua possível relevância, prima facie, com respeito à controvérsia deduzida em juízo*" (p. 657; tb. p. 670).

⁹¹⁵ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.50.

⁹¹⁶ Nesse sentido, porém, DAPHNE-ARIANE SIMOTTA, "Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der neuen EuGVVO", in *Int. J. Proced. L.*, 3., 2013, pp. 75 ss., *maxime* p. 77.

da prorrogação, absolutamente contrária ao que se pretendeu com esta exceção à regra da prioridade estrita⁹¹⁷.

Delicada é a hipótese de se afigurar *manifestamente inválida* a cláusula atributiva de exclusiva jurisdição, que a parte interessada de todo o modo apresenta e alega como válida, com o intuito de assim obrigar o tribunal efetivamente competente a *suspendere a sua instância* até que o tribunal *alegada mas não verdadeiramente* escolhido, entretanto demandado, venha a declarar-se incompetente. Caprichando, a parte nisso interessada poderá escolher para o efeito uma jurisdição particularmente lenta, de cuja pronúncia de incompetência, por manifesta que esta seja, o tribunal primeira e corretamente demandado terá que esperar, só depois podendo prosseguir a instância. Está descrito um possível *torpedo invertido*⁹¹⁸, com base nas novas regras de Bruxelas Ia. Como fazer-lhe face?

⁹¹⁷ PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 21. Nas palavras de HARTLEY, a parte que argui a incompetência do tribunal não escolhido "must present a *prima facie* case"; todavia, esse tribunal "não está autorizado a embarcar num exame pleno sobre se o acordo de escolha de foro é válido, ou sobre se cobre a ação. Estas são matérias para o tribunal escolhido decidir" (TREVOR C. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, cit., n.º 11.20). Por seu turno, ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 797, n. 36, acrescenta ao argumentário que, para mais, a aludida questão da validade tem que ser respondida segundo "o direito (de conflitos) do tribunal escolhido, que este conhece melhor e pode aplicar melhor". Mas o argumento não é especialmente convincente num contexto em que, como também o próprio Autor entende (*ob. cit.*, p. 794, e ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 81a), se deve *aplicar analogicamente* Roma I: se assim é, o tribunal escolhido estará nas mesmíssimas condições que o tribunal primeiramente demandado, ambos aplicando o mesmo Roma I.

⁹¹⁸ Usando a expressão, cfr. PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 21; CARL FRIEDRICH NORDMEIER, "Verfahrenskoordination nach Art. 27 EuGVVO bei ausschließlichen Gerichtsständen — zugleich zur Reichweite des Art. 22 Nr. 1 EuGVVO (zu EuGH, 3.4.2014 — Rs. C-438/12 — Irmengard Weber ./ Mechthilde Weber)", in *IPrax*, Heft 2, 2015, p. 125; TANJA DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 535; era aliás esse o receio — o de *torpedos invertidos* que se muniam em "*sham jurisdiction agreements*" — a que se dava voz, contra a posição que é afinal hoje lei, com Bruxelas Ia, em TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger no caso Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C-116/02 (2003.09.09), n.ºs 73-74: "Para atenuar este risco [de serem proferidas decisões inconciliáveis], o Governo do Reino Unido propõe ao Tribunal de Justiça que declare que o órgão jurisdicional a que se recorreu em primeiro lugar e cuja competência é posta em causa por força de um pacto atributivo de jurisdição deve suspender a instância até que o tribunal assim designado na referida cláusula se tenha pronunciado sobre a sua competência. Não aprovo esta solução. Acho que ela pode favorecer as mesmas manobras dilatórias que procuramos evitar. Com efeito, permitiria a uma parte pouco escrupulosa impugnar a competência do tribunal no qual ela foi demandada com fundamento nos artigos

A Convenção da Haia de 2005 responde a este problema reconhecendo aos tribunais *não eleitos* o poder de, apreciando o pacto invocado, *não suspender a instância ou declarar a incompetência* se "*o acordo for nulo nos termos do direito do Estado eleito*" (artigo 6.º, a), "*direito*" este que, como sabemos, há de ser entendido numa *referência global*, incluindo também *as regras de conflitos* — que todavia, diferentemente do que sucede em Bruxelas Ia na interpretação que achamos boa (aplicando Roma I), não estarão necessariamente unificadas.

Já em Bruxelas Ia, tudo aponta para que a solução a ter por vigente seja a oposta: não há indícios de que o legislador regulamentar tenha pretendido reconhecer um tal poder de apreciação da existência e validade da cláusula atributiva de jurisdição ao *Erstgericht* não escolhido.

É certo que, à solução da Convenção da Haia, poderá ser creditada a vantagem de cortar pela raiz o mal do pacto manifestamente inválido, quando a sua alegação consubstancia, na verdade, o que a nova regra de Bruxelas Ia pretende também evitar: "*táticas de litigação abusivas*" (considerando n.º 22). Mas é igualmente certo que a definição do que é *manifestamente inválido* levanta enormes dificuldades, porventura inultrapassáveis ao nível de uma noção geral⁹¹⁹. Talvez a solução passe mais por adequadas sanções às práticas abusivas⁹²⁰, materiais e/ou processuais (entre estas, designadamente, a condenação por litigância de má fé e em custas processuais), do que por uma interpretação do artigo 31.º sem apoio claro na sua letra ou espírito. Seria, por isso, temerária a tentativa de, a partir de uma extensão analógica do artigo 31.º, n.º 4⁹²¹,

2.º, 5.º ou 6.º da Convenção de Bruxelas, invocando artificialmente a existência de um pacto atributivo de jurisdição, e intentar uma acção no órgão jurisdicional alegadamente designado com o intuito de atrasar de maneira dilatória a decisão do litígio até que este órgão jurisdicional se tenha declarado incompetente". V. tb. DIANA SANCHO VILLA, "Jurisdiction Over Jurisdiction and Choice of Court Agreements", cit., p. 404.

⁹¹⁹ ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., pp. 796-797, n. 36.

⁹²⁰ PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 21.

⁹²¹ "Os n.ºs 2 e 3 não se aplicam às matérias regidas pelas secções 3, 4 e 5 caso o requerente seja o tomador do seguro, o segurado, um beneficiário do contrato de seguro, o lesado, um consumidor ou um trabalhador e o pacto não seja válido nos termos de disposição constatae daquelas secções."

aplicar a mesma norma à hipótese em análise: o artigo 31.º, n.º 2, é já um desvio excecional à regra geral da prioridade temporal do artigo 29.º. E o confronto com a Convenção da Haia de 2005 pode mesmo ser argumento de obstáculo a essa interpretação: a ausência, em Bruxelas Ia, de competências de controlo da validade e exercício do pacto de jurisdição, semelhantes às previstas no artigo 6.º da Convenção, indiciam que no Regulamento se não pretendeu conferir ao tribunal primeiramente demandado idêntico protagonismo no controlo da competência internacional convencional⁹²².

Não é, pois, aqui que encontraremos arrimo para vencer as preocupações que vimos apresentando desde o início deste estudo, quando confrontados com a alegação abusiva, no quadro de uma relação jurídico-societária, da existência e validade de uma cláusula atributiva de jurisdição que se pretenda exercer. Mas no ponto seguinte, ao atentarmos no sentido e alcance da remissão para a *lex fori prorogati*, poderemos já encontrar algum auxílio⁹²³.

Deixemos por fim, neste ponto, breve menção à jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, no caso das irmãs *Weber* (*I. Weber v. M. Weber*)⁹²⁴. Tal como é colocado em realce pela análise de NORDMEIER⁹²⁵, ela é a interessante manifestação de como, em paralelo, se vão em geral conferindo mais poderes ao *Zweitgericht*, ou tribunal ulteriormente demandado, em derrogação ou afastamento de uma ideia de *prioridade estrita*⁹²⁶ (como ela era entendida em *Gasser*), tanto pela via *legislativa* (de que é

⁹²² TANJA DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 535; PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 21.

⁹²³ V. *infra*, pp. 363 ss..

⁹²⁴ TJUE, *Irmengard Weber v. Mechthilde Weber*, C-438/12 (2014.04.03).

⁹²⁵ CARL FRIEDRICH NORDMEIER, "Verfahrenskoordination nach Art. 27 EuGVVO bei ausschließlichen Gerichtsständen — zugleich zur Reichweite des Art. 22 Nr. 1 EuGVVO", cit., pp. 120 ss..

⁹²⁶ Na expressão de SILBERMAN, o afastamento de uma "*strict first-in time lis pendens rule*": LINDA J. SILBERMAN, "*Goodyear and Nicastro: Observations*", cit., p. 610.

expressão cabal o novo artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia) como também *jurisprudencial*, uma vez que, no caso decidendo, se interpretou o artigo 27.º, n.º 1, de Bruxelas I, "no sentido de que, antes de suspender a instância em aplicação desta disposição, o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se em segundo lugar deve apreciar se, em razão da inobservância da competência exclusiva prevista no artigo 22.º, ponto 1, deste regulamento, uma eventual decisão de mérito do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se em primeiro lugar não será reconhecida nos outros Estados-Membros, em conformidade com o disposto no artigo 35.º, n.º 1, do referido regulamento"⁹²⁷.

Com efeito, neste acórdão, o Tribunal encontra um espaço onde não se havia ainda pronunciado, porquanto casos como *Overseas Union Insurance*⁹²⁸ ou *Gasser*⁹²⁹ não colocavam em particular o problema de para o, *Zweitgericht*, ao contrário do *Erstgericht*, ser reivindicada competência exclusiva⁹³⁰. Pois bem: das regras de reconhecimento e execução — então no art. 35.º de Bruxelas I e hoje no art. 45.º de Bruxelas Ia, equivalentes em tudo o aqui relevante — deduz o Tribunal de Justiça, num franco afastamento em relação à regra da *prioridade estrita*, que, "num caso como o que está em causa no processo principal, se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se em primeiro lugar proferir uma decisão em inobservância do disposto no artigo 22.º, ponto 1, do mesmo regulamento, tal decisão não poderá ser reconhecida no Estado-Membro do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se em segundo lugar. Nestas condições, o juiz chamado a pronunciar-se em segundo lugar já não pode suspender oficiosamente a instância nem declarar-se incompetente, e deve pronunciar-se sobre o mérito da pretensão

⁹²⁷ TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit., dispositivo do acórdão, n.º 2. V. ainda CHRISTOPH A. KERN, "Richterrechtlicher Torpedoschutz (zu BGH, 13.8.2014 — V ZB 163/12)", in *IPrax*, Heft 4, 2015, pp. 318 ss., em comentário ao acórdão do BGH, V ZB 163/12, *IPrax* 4/2015 347-348 (2014.08.13), em que se põe em prática a interpretação dada pelo TJUE em *Weber v. Weber* e se critica expressamente (com a concordância do Autor) a orientação do tribunal inferior (OLG Hamburg) na procura de negar a litispendência com base numa "apreciação valorativa" (*wertende Betrachtung*) dos seus pressupostos de identidade de causa de pedir e de partes.

⁹²⁸ TJUE, *Overseas Union Insurance*, 1991.06.27, cit..

⁹²⁹ TJUE, *Gasser*, 2003.12.09, cit..

⁹³⁰ TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit., n.º 51.

submetida à sua apreciação, com vista a garantir o respeito por esta regra de competência exclusiva"⁹³¹. Que o Tribunal acrescente, ademais, que "[q]ualquer outra interpretação seria contrária aos objectivos subjacentes à economia do Regulamento n.º 44/2001, tais como o funcionamento harmonioso da justiça evitando conflitos negativos de competência e a livre circulação das decisões em matéria civil e comercial"⁹³² é manifestação de que muito mudou nos últimos lustros: não mais o Tribunal de Justiça se ancora numa férrea compreensão do princípio da *confiança mútua*, como antes, nomeadamente em *Gasser*, ele era entendido. A partir da conjugação dos desenvolvimentos *legislativos* do artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, com os *jurisprudenciais* a que aludimos, KERN vê desenhado o esboço de um sistema de proteção contra ações torpedeantes que coloca os pactos de jurisdição no seu centro: a par *da lei*, que protege as partes que têm a possibilidade de celebrar pactos de jurisdição⁹³³ e dela fazem uso, também *o juiz* protege as que a não têm⁹³⁴.

Já, por outro lado, a decisão do tribunal de um Estado-membro que, incumprindo a nova regra sobre litispendência do artigo 31.º, n.º 2, *não suspenda a instância* e prossiga o julgamento da lide é assaz problemática, no quadro do Regulamento. Para GARCIMARTÍN, é justamente uma hipótese em que se mantém aberto o flanco para *ações torpedeantes*, uma vez que, no seu entendimento, se a decisão judicial desse tribunal for proferida em primeiro lugar, isto é, antes da pronúncia do *forum prorogatum*, não haverá bases no artigo 45.º de Bruxelas Ia para obstaculizar o seu reconhecimento em qualquer outro Estado-membro, incluindo o próprio *forum prorogatum*⁹³⁵ — por isso que, recordemos, está proibida pelo seu n.º 3 a *revisão da competência* do tribunal de origem da sentença a reconhecer, com alusão expressa à exclusão de qualquer invocação do

⁹³¹ TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit., n.ºs 55, 56.

⁹³² TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit., n.º 57.

⁹³³ Lembremos que, nas matérias de competência internacional exclusiva do artigo 24.º de Bruxelas Ia, não existe essa possibilidade: cfr. art. 25.º, n.º 4, 2.ª parte.

⁹³⁴ CHRISTOPH A. KERN, "Richterrechtlicher Torpedoschutz", cit., p. 320.

⁹³⁵ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "(Art 31(2)-(4))", cit., n.º 11.53.

critério da ordem pública. O arrazoadado parece-nos linear; falta, porém, saber se o Tribunal de Justiça, que há não muito afirmou a vinculação do tribunal do Estado de reconhecimento à declaração de incompetência proferida pelo tribunal de outro Estado-membro com fundamento na existência e validade de um pacto de jurisdição⁹³⁶, entenderá, porventura, que algo mudou com Bruxelas Ia, a ponto de, levando *ainda mais longe* a ideia que subjaz a *I Weber v. M. Weber*, considerar, por hipótese, incompatível com o novo quadro de claro *favor prorogationis*⁹³⁷ uma imposição a todos os demais Estados-membros de uma desacertada sentença judicial de um tribunal que não faça atuar o novo estatuto da competência internacional convencionalmente exclusiva.

2.4.4. Consequências da nova regra de litispendência (artigo 31.º, n.º 2) para a posição relativa das partes no putativo pacto de jurisdição: uma possível correção

Como é sabido, a autonomia privada nos contratos internacionais é por regra exercida através do *acordo*, e não há *acordo* se não houver o *consentimento* de cada uma das partes nesse acordo. Por isso, não pode haver acordo numa escolha de foro sem o consentimento das partes. É aqui que se levantam as questões, que vimos analisando, sobre *qual o tribunal* que determina a existência (ou não) desse consentimento, e *qual a lei* que rege essa determinação⁹³⁸. Nos artigos 31.º, n.º 2, e 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia, respetivamente, encontramos primeiras respostas para estas questões, não obstante o facto de as complexidades que lhes subjazem nos ter conduzido a identificar, ainda e sempre, pontos de dúvida na respetiva interpretação.

Importa agora atentar em que a opção legislativa pela *lex fori prorogati* não é *neutra*: mesmo aceitando-se o seu bem-fundado, entre o deve e o haver, deve manter-se

⁹³⁶ V. TJUE, *Gothaer*, 2012.11.15, cit..

⁹³⁷ Usando a expressão, TANJA DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 537.

⁹³⁸ Como bem resume RONALD A. BRAND, "The Evolving Private International Law", cit., p. 375.

presente que a opção pela *lex fori prorogati* coenvolve um favorecimento da aplicação dessa lei por sobre a que pudesse resultar do normal funcionamento do sistema conflitual de cada tribunal de um Estado-membro que fosse concretamente chamado a decidir. Se, quando se discutem questões de validade, no pressuposto de ter havido alguma forma de consentimento, o ponto não será de enorme relevância, o mesmo não se poderá dizer sempre que *a inicial e inteira existência de algo assimilável a um consentimento é colocada em cheque*⁹³⁹. Com esta regra de conflitos, mesmo que a invocação da competência do tribunal eleito se baseie numa *alegação frágil* sobre a existência de cláusula de escolha de foro, porque manifestamente *não houve* um qualquer consentimento, então será sempre em face dessa *lex fori prorogati* que o problema há de ser analisado. Ou seja: esta regra de conflitos, ainda que sob uma veste de aparentemente pura *localização*, vê dela desentranhar-se (mesmo que contidamente) um aspecto *materializante*, no sentido em que há uma parte que é de certo modo estruturalmente favorecida: a que *invoca* a existência e validade de um pacto de jurisdição.

Certo, esse favorecimento poderá ter na sua base, observado de um ponto de vista *macrojurídico*, uma defesa do papel das cláusulas de escolha de foro no comércio jurídico internacional, incrementando-se a respetiva efetividade, ao dificultar o seu *torpedeamento* por meio da propositura de ações que visem pura e simplesmente dificultar o exercício jurisdicional de um direito pela contraparte. Mas não deixa, no fim de contas — e ainda que só reflexamente ao nível *microjurídico*, em consequência dessa *macro-opção* —, de haver um favorecimento da parte que invoca a escolha de foro. A consagração de uma regra de conflitos recognitiva da competência da *lex fori prorogati*, por sobre a da lei que de outro modo seria competente, coenvolve o favorecimento da parte que invoca o *válido ou inválido, o existente ou inexistente* acordo de escolha de foro, em detrimento da

⁹³⁹ Quando tal seja o caso, nas expressivas palavras de ADRIAN BRIGGS, "What Should Be Done about Jurisdiction Agreements?", in *Yearbook of Private International Law*, Volume 12 (2010), 2011, p. 319, "it is just as accurate to call [the agreement on jurisdiction] a 'disagreement on jurisdiction', or 'an arbitration disagreement'" (sublinhados no original).

contraparte que, porventura, pode não ter manifestado o mais pequeno resquício de comportamento declarativo.

Ora: cremos poder com justiça dizer que, perante esta opção legal pelo direito do foro escolhido, há que procurar fortalecer a proteção da parte que legitimamente não se considere vinculada à escolha de foro. Vimos há pouco que não há bases sólidas para o fazer em sede da articulação interpretativa entre os artigos 25.º, n.º 1, e 31.º, n.º 2. Vejamos agora se não se justificará, no espírito do sistema, uma possibilidade de correção ao nível da *conexão* utilizada, no pressuposto, que assentámos, da analógica extensão de Roma I.

A reflexão surge-nos a propósito das dúvidas na articulação entre *o artigo 25.º de Bruxelas Ia* e os requisitos aí previstos; *a lex fori prorogati*, competente quanto à validade substancial, nos termos também desse preceito; e *o estatuto societário*, que, como *Powell Duffryn* deixa claro, rege a inserção ou adoção da cláusula nos estatutos. Sabendo-se que, na articulação entre os artigos 25.º e 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, subjaz à verificação da existência de consentimento uma ideia em tudo análoga à que encontramos na articulação entre os artigos 3.º, n.º 5⁹⁴⁰, e 10.º, n.º 1⁹⁴¹, de Roma I (o já chamado *bootstrap*

⁹⁴⁰ "A existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinadas nos termos dos artigos 10.º, 11.º e 13.º."

⁹⁴¹ "A existência e a validade substancial do contrato ou de alguma das suas disposições são reguladas pela lei que seria aplicável, por força do presente regulamento, se o contrato ou a disposição fossem válidos". V. já, em termos semelhantes e precursores, a Resolução do *Institut de Droit International* em 1991, art. 4.º, n.ºs 1 e 2, referindo-se o n.º 2 especificamente aos *efeitos do silêncio* — muito embora tenha sido sugerida esta ressalva *em geral* para cada parte "*en ce qui concerne son consentement*": v. ERIK JAYME, "Rapport provisoire", cit., p. 55; em sentido diverso, a anterior Convenção da Haia de 1955, sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, no seu art. 2.º, parágrafo n.º 3: "*Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi*". E traçando já um paralelo entre o problema da lei aplicável ao pacto de jurisdição e o art. 8.º da Convenção de Roma de 1980 (aparentemente para sublinhar que esta não seria incompatível com a defesa, pelo Advogado-Geral, da competência da *lex fori prorogati*), TJUE, *Conclusões do A.-G. Slynn (Elefanten Schuh)*, 1981.05.20, cit., p. 1968. Sobre a definição da lei reguladora da *electio iuris* em pleitos cometidos a árbitros, v. já DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional — Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pp. 110 ss.; e sobre a fixação do estatuto

principle)⁹⁴², levando a que valha analogicamente também no contexto jurisdicional a lei do tribunal *hipoteticamente* escolhido (*prima facie* determinado, perante o pacto de jurisdição *invocado* mas cuja plena *eficácia* não será ainda nessa fase plenamente analisada⁹⁴³), poderia ainda colocar-se a questão de saber se, não apenas o pensamento subjacente ao artigo 10.º, n.º 1, de Roma I, é aqui cabido, *mas também o que subjaz ao n.º 2 do artigo 10.º de Roma I*: isto é, que a parte pode invocar, em sua proteção, a lei da sua residência habitual, de acordo com a qual não haveria consenso que a vinculasse efetivamente ao pacto de jurisdição.

Nos termos do aludido artigo 10.º, n.º 2, de Roma I: "*Todavia, um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, pode invocar a lei do país em que tenha a sua residência habitual, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada no n.º 1*". Residência habitual, para este efeito, no que toca às sociedades, é o "*local onde se situa a sua administração central*", à data da celebração do contrato (artigo 19.º, números 1 e 3, de Roma I)⁹⁴⁴. No fundo, tal como na escolha de lei, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º de Roma I, vale à partida a lei escolhida *também* quanto à existência e validade substancial da *professio iudicis*. Se reconhecermos analogia outrossim com o n.º 2, a parte que alegue

contratual como *lei putativa do contrato (lex hypothetici contractus)*, v. entre nós ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Conflito de Clausulados e Consenso*, cit., pp. 160 ss..

⁹⁴² V. PETER MANKOWSKI, "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., p. 20.

⁹⁴³ Cfr. tb. ADRIAN BRIGGS, "What Should Be Done about Jurisdiction Agreements?", cit., pp. 319-320.

⁹⁴⁴ Porém, nos termos do n.º 2 do art. 19.º de Roma I, relevante também para as sociedades: "*Caso o contrato seja celebrado no âmbito da exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, ou se, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é da responsabilidade de tal sucursal, agência ou estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento*". Pondo criticamente em relevo as diferenças entre o critério da *residência habitual* do art. 19.º de Roma I e o do *domicílio* do artigo 60.º (hoje 63.º) de Bruxelas I(a), em perspetiva crítica perante a incoerência entre estes instrumentos, v. FAUSTO POCAR, "Some Remarks on the Relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", in FRANCO FERRARI / STEFAN LEIBLE (EDS.), *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 346-357.

a *inexistência*⁹⁴⁵ de consentimento poderá invocar a lei do país da sua residência habitual, "se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada no n.º 1".

Contra esta sugestão poderia argumentar-se que, em Roma I, o n.º 2 do artigo 10.º surge num contexto em que são uma ou mais *leis nacionais*, precisamente a(s) que resulta(m) da aplicação destes números 1 ou 2, a definir a existência e a validade do consentimento. Já em Bruxelas Ia, é o próprio artigo 25.º a proceder autonomamente a uma tal definição. Pelo que, ao menos em todos aqueles aspectos que são regulados *autonomamente* pelo artigo 25.º, a analogia com o artigo 10.º, n.º 2, de Roma I, à primeira vista, não estaria presente: este pressupõe que esteja a ser operada uma *referência conflitual* para direito substantivo *exterior* ao próprio Regulamento, o que não sucede nos referidos aspectos sujeitos a *regulamentação autónoma* por Bruxelas Ia.

Não parece, porém, que seja argumento suficiente para nos demover. Sempre se poderá replicar que, na *electio iuris*, a *lei nacional à partida aplicável* estará para o n.º 2 do artigo 10.º de Roma I como, na *electio iudicis*, a *regulamentação autónoma* de Bruxelas Ia está para a tutela análoga que discutimos. Em ambos os casos, tratar-se-ia, em apelo à mesma *ratio iuris*, de um regime *a priori* competente, mas que se aceita desde o início poder ser incompatível com a justiça do caso concreto. Pelo que conviria estabelecer válvulas de escape em asseguramento de que há efetivo consentimento (ou ao menos um seu razoável sucedâneo). Mesmo que concordemos em geral com a orientação de procurar evitar, também no domínio da lei aplicável ao pacto de jurisdição, uma injustificada multiplicação das ordens jurídicas potencialmente aplicáveis à mesma questão, este pode ser um instrumento a ter em carteira para a eventualidade de um

⁹⁴⁵ Temos em mente, como acima indicado, a inicial e inteira *inexistência de algo assimilável a um consentimento*; é de referir, a propósito, que, na leitura que os *Rapporteurs* da Convenção de Roma autorizadamente faziam, a solução deste n.º 2 (do então artigo 8.º) visava "as questões relativas à existência e não à validade do consentimento": MARIO GIULIANO / PAUL LAGARDE, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligatinos contractuelles", in *JOCE*, 31.10.80, C 282, 1982, p. 28.

manifestamente abusivo exercício do pacto de jurisdição, a que por outra via se não conseguisse obviar.

2.4.5. Voltando ao conceito-quadro: a particularidade dos estatutos sociais. Indicação de sequência

Como vimos, podem autonomizar-se⁹⁴⁶ dois vetores de análise da nova regra de conflitos do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia: o do seu *conceito-quadro*, para determinarmos o que deve estar abrangido em *nulidade* ou *validade substantiva*; e o do seu *elemento de conexão*, em relação ao qual se procura o sentido e alcance da referência à *lei do tribunal escolhido (lex fori prorogati)*.

Ora, se quanto ao elemento de conexão as dúvidas são as que acabámos de evidenciar, pode também dizer-se que a discussão sobre o alcance da lei nacional em matéria de formação (*Willenseinigung*) do pacto de jurisdição, que desde cedo opôs a regulamentação autónoma das regras de Bruxelas, por um lado, e a *lex causae* nacional

⁹⁴⁶ Não é, sabemo-lo, límpida a delimitação da função e relevo dos diversos elementos estruturais da regra de conflitos, podendo também o elemento de conexão desempenhar um papel importante ao revelar, através da eleição que nele é feita, um particular juízo de valoração de interesses a ela subjacente, e assim influenciando a determinação do conteúdo normativo que o conceito-quadro supostamente delimita. V. a propósito ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação*, cit., pp. 23-24; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual*, cit., pp. 400, 423-424; cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., p. 151. De modo particularmente interessante, o Tribunal de Justiça baseia-se no *elemento de conexão* estabelecido no art. 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas de 1968, para decidir se uma dada questão jurídica — a saber, a ligação jurídico-associativa entre membros e associação — está abrangida pela regra de competência internacional invocada: "*In that context, the designation by Article 5 (1) of the Convention of the courts for the place of performance of the obligation in question expresses the concern that, because of the close links created by a contract between the parties thereto, it should be possible for all the difficulties which may arise on the occasion of the performance of a contractual obligation to be brought before the same court: that for the place of performance of the obligation. In that regard it appears that membership of an association creates between the members close links of the same kind as those which are created between the parties to a contract and that consequently the obligations to which the national court refers may be regarded as contractual for the purpose of the application of Article 5 (1) of the Convention.*" (TJUE, Peters, 1983.03.22, cit., n.ºs 12-13).

que haveria de ser determinada pelo direito conflitual da *lex fori*⁹⁴⁷, não foi esgotada, em geral, dada a ausência de uma delimitação do conceito-quadro da nova regra de conflitos, no confronto com o que autonomamente resulta do próprio artigo 25.º de Bruxelas Ia.

Acresce, em matéria societária, um terceiro grau de complexidade, uma vez que, a par dos dois pólos identificados, há ainda que considerar a aplicação da *lex societatis*, expressamente salvaguardada pelo Tribunal de Justiça em *Powell Duffryn*. Ou seja, em virtude da jurisprudência do Tribunal, para lá dos comuns ou gerais âmbitos de competência da *lex fori prorogati*, por um lado, e, por outro e antes de mais, do próprio artigo 25.º de Bruxelas Ia, em tudo o que se insira no seu autónomo âmbito material de aplicação, por outro lado, teremos que verificar se uma cláusula jurisdicional *estatutária* foi adotada em conformidade com o direito societário nacional e com os próprios estatutos⁹⁴⁸. Já nos manifestámos no sentido de que não se deve considerar desatualizada ou caducada a jurisprudência citada, a par da demais que foi densificando e desenvolvendo os critérios legalmente postos na Convenção de Bruxelas de 1968 e em Bruxelas I⁹⁴⁹. De todo o modo, empreendemos esta análise da nova regra de conflitos, com utilidade perante entendimentos diversos que, efetivamente, encontrem um domínio útil de aplicação no contexto jurídico-estatutário, para lá da relevância que se lhe possa reconhecer perante negócios extraestatutários, mas com alcance materialmente societário.

Enfim, não se pode corretamente articular esta doutrina sem uma compreensão das características das regras estatutárias a que fizemos apelo. Foi por isso que procurámos introdutoriamente conhecer algumas tentativas cuidadosamente fundamentadas de articulação dos relevantes elementos estatutários-societários e processuais-jurisdicionais, em concreto na busca do regime jurídico de cláusulas estatutárias jurisdicionais. E é por esse motivo que o passo seguinte nesta indagação nos leva à procura de uma compreensão

⁹⁴⁷ V. por todos JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 28.

⁹⁴⁸ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 19, 21, 27.

⁹⁴⁹ V. *supra*, texto correspondente à n. 883.

das características e especificidades dos estatutos sociais, a ter em mente no momento de moldarmos o regime dos pactos de jurisdição societários a essas mesmas especificidades.

3. Os estatutos sociais

3.1. «Powell Duffryn», o princípio maioritário e a natureza das cláusulas ou regras estatutárias

Em *Powell Duffryn*, o Tribunal de Justiça convoca a noção de *estatutos sociais* para fazer uma leitura particular das exigências de forma e consentimento de um pacto de jurisdição, quando ele assuma a feição de uma *cláusula estatutária*.

O primeiro cuidado é o de assimilar uma tal cláusula a um *contrato*, o que é rapidamente estabelecido convocando jurisprudência anterior que tinha já afirmado, no quadro *associativo*, a "*adesão a uma associação*" como facto que cria "*entre os associados vínculos estreitos do mesmo tipo que aqueles que se estabelecem entre as partes num contrato*"⁹⁵⁰.

A analogia é agora estendida às sociedades por ações, visadas no acórdão: "Do mesmo modo, os vínculos existentes entre os accionistas de uma sociedade são comparáveis aos que existem entre as partes num contrato. A constituição de uma sociedade traduz com efeito a existência de uma comunidade de interesses entre os accionistas na prossecução de um objectivo comum. A fim de realizar este objectivo, cada accionista está investido, face aos outros accionistas e aos órgãos da sociedade, de direitos e obrigações que encontram a sua expressão nos estatutos da sociedade. Daqui decorre que, para a aplicação da Convenção de Bruxelas, os estatutos da sociedade devem

⁹⁵⁰ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 15, reportando-se a TJUE, *Peters*, 1983.03.22, cit., n.º 13.

ser considerados um contrato que regula simultaneamente as relações entre os accionistas e as relações entre estes e a sociedade"⁹⁵¹.

É sobre a base do reconhecimento desta analogia, através da qual se aceita a qualificação *contratual* (para os efeitos jurisdicionais em discussão⁹⁵²) dos estatutos sociais, que o Tribunal de Justiça constrói a vinculatividade das cláusulas atributivas de jurisdição *estatutárias, mesmo contra* ou *independentemente* da vontade de cada sócio em particular.

É aqui de sublinhar que o Tribunal, sem lhe chamar o nome, trabalha constantemente sobre o pano de fundo de uma ideia fundamental do direito das sociedades: o *princípio maioritário*. Falamos da ideia de que, em função das características da sociedade (ao menos a dos nossos dias⁹⁵³) e da atividade social, *em regra* para todos os tipos legais societários⁹⁵⁴ e sempre nos mais comumente

⁹⁵¹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 16.

⁹⁵² Cfr. JUSTIN BORG-BARTHET, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, em que, não obstante se ver em *Powell Duffryn* "the Court's most potent statement to date in support of the contractual paradigm of transnational corporate law", logo se sublinha (em nota) que o próprio Tribunal concede tratar-se de uma pronúncia em favor desse "paradigma contratual" tão-somente com o "propósito utilitário de promover a certeza e evitar múltiplas bases de jurisdição no contexto da Convenção de Bruxelas": *ob. cit.*, p. 19, em texto e n. 42.

⁹⁵³ V. porém, historicamente, para a sociedade anónima, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 157 ss..

⁹⁵⁴ Pensamos nas *sociedades em nome coletivo*, em relação às quais a alteração do contrato de sociedade, a fusão, a cisão, a transformação, a dissolução (art. 194.º, n.º 1, do CSC), bem como a admissão de novo sócio (n.º 2 do mesmo preceito) ficam em regra sujeitas à *unanimidade* de todos os sócios; mas também nesse contexto se reconhece legalmente a possibilidade de derrogação estatutária desta regra de unanimidade, conquanto a maioria estatutariamente fixadas não seja inferior a três quartos dos votos de todos os sócios: cfr. a parte final do n.º 1 do art. 194.º do CSC. No sentido de que esta derogabilidade não é aplicável à hipótese do n.º 2 (admissão de novo sócio), RAÚL VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome coletivo*, Almedina, Coimbra, 1994 (reimpr.: 2003), pp. 344-345; PAULO DE TARSO DOMINGUES, "Artigo 194.º — Alterações do contrato", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 153; aparentemente no sentido inverso ("A admissão de novo sócio exige, *como regra*, a unanimidade" (sublinhámos)), ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Artigo 194.º (Alterações do contrato)", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, anot. n.º 3.

utilizados⁹⁵⁵, as deliberações que (re)conformam a organização e o funcionamento da sociedade e o exercício da atividade societária *não carecem de assentimento unânime*, ou seja, *de todos os membros do grémio social*. Podem tais deliberações, por conseguinte, ser tomadas por uma *maioria*, que varia, entre outros, em função do tipo legal societário e da importância da decisão em questão⁹⁵⁶.

Há vários trechos reveladores de que os juízes do Luxemburgo tinham esta ideia em mente: "*É irrelevante que o sócio (...) se tenha oposto à adopção desta cláusula ou se tenha tornado sócio após a adopção da mesma*"; "*ao tornar-se e ao permanecer accionista (...) dá o seu consentimento para se submeter (...) mesmo que algumas dessas disposições ou decisões não tenham o seu acordo*"⁹⁵⁷. E bem se compreende a atenção que o Tribunal vota a este ponto. Estando fixado que, para efeitos jurisdicionais, os estatutos são um *contrato*, poderia o intérprete ser tentado a levar a analogia até ao fim e a afirmar uma *inalterabilidade do contrato* na ausência de *consenso* (naturalmente *unânime*) de todas as partes.

Assim se manifesta a tensão em que, ao menos em certa medida, se encontram o *princípio maioritário* e a *autonomia privada*: na verdade, a eficácia plena da deliberação tomada por maioria significa, na perspectiva do *sócio discordante*, a possibilidade de ser-lhe imposta uma decisão *mesmo contra a sua expressa vontade*, "conquanto esta corresponda à vontade da maioria"⁹⁵⁸. No final, a conciliação entre a *autonomia privada* e a *prevalência da vontade da maioria* é suscetível de várias teorizações, desde uma remota

⁹⁵⁵ Pensamos, em Portugal, nas sociedades por quotas (arts. 197.º e ss. do CSC) e sociedades anónimas (arts. 271.º e ss. do CSC); v. *infra*, n. 965.

⁹⁵⁶ Entre nós, com desenvolvido tratamento, cfr. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., pp. 349 ss.; e PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 139 ss., onde se coloca em causa, de modo convincente, o princípio maioritário "como um princípio geral ou unitário do funcionamento das assembleias dos sócios", e se empreende um estudo que "revela que a conformação do princípio maioritário resulta de aspectos concretos do regime do funcionamento de cada tipo societário" (citámos as pp. 144, 146). Cfr. já tb. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., pp. 346-347.

⁹⁵⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 18, 19; v. tb. n.º 27.

⁹⁵⁸ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 153, que ora seguimos de perto.

convocação da originária *vontade de todos* (na fundação, ou na aquisição de partes sociais por aumento de capital ou por transmissão), legitimadora das ulteriores deliberações por maioria, até à invocação do *interesse comum* a todos os sócios em uma *possibilitação da formação de deliberações*, indispensável à pretendida *agilização* da vida social. Enfim: "Mesmo que não se entenda que o princípio maioritário é da *essência da sociedade*, a sua consagração acaba por se mostrar *inevitável*", qual "mal necessário"⁹⁵⁹.

Cotejando de novo *Powell Duffryn*, atente-se em como, ao apontar a *irrelevância* de, na perspetiva da vinculação do sócio, e como citávamos, ele *se ter oposto à adoção da cláusula* ou *se ter tornado sócio após a adoção da mesma*, o Tribunal de Justiça equipara duas situações distintas do ponto de vista corporativo: a do *sócio discordante* e a do *sócio futuro*⁹⁶⁰. Se, quanto à primeira, o *princípio maioritário* é convocável nos termos expostos, já quanto à segunda o fundamento da vinculação do sócio não é *a imposição da vontade da maioria*, por isso que aí tratamos de uma cláusula que *já lá está* no momento em que o novo sócio adquire a participação social. Aqui, portanto, tem que ser outra a ideia que silentemente subjaz ao arrazoado do Tribunal: e ela afigura-se-nos ser a de que as regras ou cláusulas *estatutárias*, pelas suas particulares características ou natureza jurídica, são idóneas a, mesmo num contexto assimilável ao *contratual* (ao menos para efeitos jurisdicionais), vincularem o sócio novo *pelo mero ato ou efeito de se tornar sócio, independentemente* de um *estrito consentimento*.

Neste contexto, o pacto jurisdicional, inserido no pacto social, vai buscar a sua força vinculativa mais à natureza e características *estatutárias* do que a uma espécie de *adesão a condições gerais*, que tacitamente acompanhariam a participação social. Primeiro, porque o próprio Tribunal de Justiça aponta sem hesitação nesse sentido, ao

⁹⁵⁹ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 154-156 (citámos esta última).

⁹⁶⁰ As duas expressões que aqui usamos (*sócio discordante* e *sócio futuro* (ou também *futuro sócio*)) têm, no primeiro caso, consagração legal (cfr. o art. 355.º, n.º 8, do CSC e, antes da Reforma de 2006, também o art. 137.º, epígrafe e o seu n.º 4) e, em ambos os casos, larga tradição — v., entre muitos exemplos, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., pp. 381, 264, 138.

sublinhar que "a situação dos accionistas em relação aos estatutos de uma sociedade (...) é diferente da (...) de uma parte num contrato de compra e venda em relação às condições gerais de venda"; e ainda, muito ilustrativamente, que "no direito das sociedades do conjunto destes Estados [contratantes da Convenção de Bruxelas], admite-se que os estatutos da sociedade desempenham um papel especial na medida em que constituem um instrumento de base que disciplina as relações entre o accionista e a sociedade"⁹⁶¹. Depois, porque não se questionaria estarem outrossim vinculados a uma cláusula jurisdicional estatutária, não apenas os sócios estritamente considerados, sejam eles fundadores ou ulteriores adquirentes de participações sociais, mas também todos aqueles sujeitos que devam ou tencionem, em algum momento, fazer valer uma pretensão na vez do sócio. Pense-se, para breve exemplo, no usufrutuário de participação social: mesmo não sendo considerando *sócio*, na opinião que parece dominar entre nós⁹⁶², não se

⁹⁶¹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 25, 26. Merece também alusão a impressiva passagem das conclusões de TESAURO, em apoio do sentido para que em texto apontámos: "A sujeição a todas as regras estatutárias, mesmo se por hipótese não se está de acordo com alguma delas, decorre, de facto, do respeito das regras de formação da vontade social, regras que presidem ao funcionamento da sociedade. Tais regras, que podemos definir como «regras do jogo», implicam por definição que o sócio consinta em submeter-se às decisões da assembleia mesmo em caso de desacordo com uma disposição específica, do mesmo modo que o sócio que entra posteriormente consente em sujeitar-se ao *acquis social* no seu conjunto.

Em suma, a sujeição a todos os direitos e obrigações estatutárias é inerente à aquisição da qualidade de sócio e implica além disso a sujeição a todas as decisões passadas e futuras dos órgãos da sociedade adoptadas em conformidade com as regras estatutárias e legais relativas à formação da vontade.

A lógica da sociedade e os princípios em que assenta, como os acabámos de descrever, evidenciam claramente que o acordo das partes aos estatutos, e assim às regras que disciplinam o funcionamento da sociedade, constitui a expressão de uma manifestação de vontade global dos sócios: a vontade social. Do mesmo modo, é ainda a vontade social, e os actos que a exprimem, que deve reger as relações obrigacionais entre os sócios individuais e a sociedade, vontade que abrange também o elemento convencional que está na origem desta mesma sociedade. Assim, não parece concebível procurar uma convenção entre as partes no sentido estrito da expressão, enquanto fonte exclusiva das relações obrigacionais em questão." (TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.ºs 10, 11, pp. I-1764, I-1765).

⁹⁶² V. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções — Sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 394, n. 105; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 320, ambos com bastas referências nesse sentido (e no oposto), entre as quais se contam VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1975 (reimpr.: 1998), p. 97, n. 3; cfr. ainda MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Artigo 23.º — Usufruto e penhor de participações", in JORGE M.

questionaria que, para o exercício *pelo usufrutuário* de um direito social, interpellando judicialmente a sociedade para o efeito, seria internacionalmente competente o *foro estatutariamente eleito*⁹⁶³.

Embora o Tribunal o não faça, como que poderíamos nós avançar com uma espécie de *maioria de razão*: pois se mesmo *contra a vontade de um sócio atual* é eficazmente introduzível nos estatutos uma cláusula que valerá plenamente nas relações com esse sócio, em decorrência da vontade da maioria — e, portanto, em derivação direta da vigência do *princípio maioritário* —, então *muito menos* o sócio *futuro* (por referência à data da adoção estatutária da cláusula) estaria em posição de, destacando umas em relação a outras regras, dentro desse quadro estatutário, escolher aquelas a que se consideraria ou não vinculado⁹⁶⁴.

De todo o modo, se o *princípio maioritário* é configurável como a direta justificação para a vinculação do *sócio discordante*, já a do *sócio futuro* só mediatamente aí poderia residir: na imediação, parece ser *uma certa natureza jurídica da cláusula ou regra estatutária* que a legitima.

COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, anot. n.º 3.8.. Contra, mas não inteiramente coincidentes, podem ver-se RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas — Vol. I*, cit., pp. 414-415; MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, "Aumento do Capital", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), p. 250.

⁹⁶³ Dentro do quadro de admissibilidade dos pactos de jurisdição, bem entendido, pelo que a *impugnação de deliberação social* não poderia nele caber, em resultado da competência internacional exclusiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia (v. já *supra*, pp. 240 ss., e *infra*, pp. 486 ss.). Sobre o alcance do direito do usufrutuário a impugnar deliberações sociais, v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Artigo 23.º", cit., anot. n.º 3.3..

⁹⁶⁴ V., a propósito as conclusões de TESAURO, enfáticas sobre a inconveniência de uma *"dualidade de regimes inadmissível entre os accionistas"*, numa visão que relata ter sido partilhada por todas as partes envolvidas no processo: TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesauro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 9, p. I-1763.

3.2. Princípio maioritário

Como sabemos, numa sociedade comercial, mormente numa *sociedade por quotas* e porventura ainda mais numa *sociedade anónima* — isto é, nos tipos hoje relevantes para a prática portuguesa⁹⁶⁵ —, a vida do ente societário é normalmente regida por um *princípio de maioria*⁹⁶⁶, correspondendo à participação no capital, comumente, uma proporcional participação no poder de tomada de decisão entre sócios e na escolha dos membros dos órgãos de administração e fiscalização. Os termos da relação não surgem, porém, como necessariamente proporcionais, devido à possibilidade de existência, por exemplo e entre vários outros instrumentos, de *ações preferenciais sem voto*, nas sociedades anónimas⁹⁶⁷, ou de *direitos de voto duplos*, nas sociedades por quotas⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ V. *supra*, n. 14.

⁹⁶⁶ Historicamente, v. OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", in GUSTAV SCHMOLLER (HRSG.), *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 39., 1915, que identifica na Escola dos Comentadores (com ODOFREDO e depois BÁRTOLO) o início do reconhecimento da prevalência da *vontade da maioria* como um princípio propriamente corporativo, então necessariamente associado à sua forma de manifestação *em assembleia*; sem que, porém, se deixe desde logo de desenvolver uma teoria dos *jura singulorum* (foram mais tarde os canonistas que densificaram esta doutrina, usando pela primeira vez uma distinção entre os livres direitos individuais e os corporativos direitos especiais — os *jura singulorum propria* e os *jura singulorum collegialia* (ou *in universitae*) — v. OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 19), assimiláveis portanto aos *direitos especiais*, que não eram suscetíveis de serem tocados pela deliberação maioritária (v. p. 16). Outro ponto muito interessante é a identificação da influência canonista na criação de maiorias qualificadas (dois terços, três quartos), aí justificadas pela *garantia de razoabilidade* que emprestavam à decisão maioritária ("eine Gewähr für die Vernünftigkeit der Merheitsentscheidung": OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 19). V. ainda FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione — Storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007; MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Abuso de minoria em direito societário*, Malheiros Editores, São Paulo, 2014, *maxime* pp. 46 ss.; e, entre nós e para a sociedade anónima, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 156 ss.; MARIO SÁNCHEZ LINDE, *El Principio de Mayoría en la Adopción de Acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 39 ss..

⁹⁶⁷ Cfr. os arts. 341.º ss. do CSC.

⁹⁶⁸ Cfr. o art. 250.º, n.º 2, do CSC. Leia-se, a propósito, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Artigo 250.º — Votos", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2012, anot. 1.1.: "Por conseguinte, *todo o sócio de sociedade por quotas tem direito de voto*; dependendo o respetivo poder de voto, segundo princípio *capitalístico* ou *proporcional*, do valor nominal da quota ou quotas de que seja titular. Também nisto se distinguem as sociedades por quotas das sociedades anónimas: nestas é possível a existência de ações preferenciais sem voto (arts. 341.º, s.), a

O entendimento e o alcance do *princípio maioritário* nem sempre foram os mesmos, como um breve cotejo histórico permite apreender, e não lhes é de modo algum alheia a pré-compreensão de *sociedade* e de *pessoa coletiva* que a cada um subjaz⁹⁶⁹. Após uma depuração dos inúmeros contributos e variantes, inevitavelmente redutora mas com a virtude explicativa da sua simplicidade, podemos identificar *dois pólos*, se colocarmos de um lado a perspetiva que partiu da *ficção da personalidade coletiva* e, de outro, a que redundou numa *ficção da vontade coletiva*⁹⁷⁰.

Com efeito, a teoria da personalidade coletiva⁹⁷¹ encerrava virtualidades não despreciandas para as feições que o princípio maioritário viria a assumir. Inicialmente, a construção da pessoa coletiva como uma *fictio iuris*, que deve os seus desenvolvimentos do século XIX a SAVIGNY e outros na(s) sua(s) esteira(s)⁹⁷², trazia consigo um avanço assinalável, ao permitir a imputação de um ato à pessoa coletiva *em nome próprio*, e não mais *aos seus sócios*. Com isso, lograva-se justificar, com maior facilidade, a imposição da vontade da maioria. É com o progressivo abandono da *teoria da ficção* e a afirmação

atribuição de um voto a um conjunto de ações e a limitação do número de votos de que um acionista pode dispor – art. 384º, 2."

⁹⁶⁹ Para estudos aprofundados sobre a sua evolução, v. por todos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 265 ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais — Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 91 ss..

⁹⁷⁰ Cfr. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 176, em cujo Cap. II, pp. 139 ss., *passim*, podemos encontrar suficiente e autorizado apoio para esta depuração, e que em texto seguimos de perto.

⁹⁷¹ Com um papel fundamental no estudo privatístico da personalidade coletiva, e introduzindo a expressão *pessoa collectiva* no estudo do direito pátrio (como aponta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 265, texto e n. 1, com várias referências), veja-se GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português — Volume Primeiro — Parte Geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, pp. 153 ss. (cfr. ainda a propósito DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, cit., pp. 490 ss.).

⁹⁷² Cfr. por todos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., pp. 282 ss., 289 ss., para os entre si muito diversos desenvolvimentos a partir da base savigniana. Sobre os alvares da doutrina da *fictio iuris*, v. ainda DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, cit., pp. 177 ss., e, entre os romanistas, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, "A «fictio iuris» no Direito Romano («Actio ficticia») — Época clássica", in *BFD*, suplemento, XXXII (1988), 1989, *passim*, bem como ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Mora Debitoris no Direito Romano Clássico (contributo para o seu estudo)*, Fundação Calouste Gulbenkian / Fundação para a Ciência e Tecnologia, Coimbra, 2011, pp. 736 ss..

de uma *teoria organicista da pessoa coletiva* que ganha lastro a *superação da vontade individual*. De uma inicial *imputação da vontade da maioria a todos* e também *a cada um* (o que era natural, na ausência de um outro centro de imputação), chega-se mais tarde, com o reconhecimento de personalidade jurídica à sociedade e os desenvolvimentos organicistas, à afirmação de uma *vontade nova e diferente* do próprio ente coletivo: a *vontade coletiva*⁹⁷³.

Assim, na reflexão histórica de VON GIERKE sobre o surgimento e evolução do *princípio maioritário*, é iluminador o esclarecimento, que a sua historiografia ajuda a compreender, de que o princípio da maioria nas sociedades não significava uma equiparação da *maioria à totalidade*. Da *essência* das associações humanas não se deduziria nenhuma *validade absoluta* do princípio da maioria: este teria *apenas um valor relativo historicamente condicionado*⁹⁷⁴. Em qualquer organismo, o *princípio da maioria* seria completado (*ergänzt*) por um *princípio de autoridade*⁹⁷⁵ (*Autoritätsprinzip*), que intervém por força da *distribuição “constitucional” de funções* (*verfassungsmäßige Funktionenverteilung*)⁹⁷⁶ — permitindo dizer, por exemplo, que cada assembleia, ainda que perante representação totalitária do capital, e mesmo que decidindo por unanimidade, *não deixava de ser “apenas” um órgão*: ela permanecia, por isso, *soberana tão-somente na parcela de competência “constitucional”* que lhe era atribuída, no quadro da formação e expressão da vontade comum⁹⁷⁷. Evidente se torna que, quanto mais *imperativamente* for traçado esse parcelamento e distribuição de funções orgânicas, variável desde logo em função do tipo legal societário, maior relevo ganhará esta ideia.

Para VON GIERKE, o princípio da maioria, aplicado às tomadas de decisão por um órgão, não era, pois, mais do que um princípio organizativo (*Organisationsprinzip*) para

⁹⁷³ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 171 ss.

⁹⁷⁴ OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 27.

⁹⁷⁵ Sobre a *autoridade*, contraposta ao *consenso*, enquanto mecanismos fundamentais de tomada de decisão, nos estudos sobre a teoria das organizações, v. com referências PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 220 ss..

⁹⁷⁶ OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 28.

⁹⁷⁷ OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 27.

uma parte do organismo total. Como ele valia *por força da ordem jurídica positiva desenvolvida historicamente*, era desta ordem jurídica⁹⁷⁸ — e não de uma qualquer *validade absoluta* do princípio — que havia de depender a sua *conformação* (*Ausgestaltung*) e os seus *limites*. A essa luz se torna evidente o limite imposto pela *inviolabilidade de direitos especiais*⁹⁷⁹, como também, por exemplo, por *maiorias qualificadas*, às quais não era alheia, dizia-nos o Autor alemão, a tendência do direito contemporâneo a reconhecer direitos positivos de minorias, que autorizavam a minoria com uma determinada qualificação a agir em nome do todo, funcionando, dessa forma, como *órgão da pessoa coletiva*⁹⁸⁰.

O conhecimento deste substrato ajuda a contextualizar e a compreender, com Pedro MAIA, que o princípio maioritário e a sua consagração não devem obedecer a uma *lógica unitária*, que, em invariáveis termos, justifique, por exemplo, tanto na sociedade em nome coletivo como na anónima aberta, as regras de procedimento deliberativo e, em último termo, as relações de poder entre os sócios. Se assim fosse, o princípio maioritário estaria artificialmente despido de toda a sua *materialidade*: traduzir-se-ia numa mera aritmética, puramente instrumental à instituição do *procedimento* que permite a *formação*

⁹⁷⁸ Ou da "discricionariedade do legislador", como escreve a certo ponto FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., p. 205.

⁹⁷⁹ OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 29.

⁹⁸⁰ OTTO FRIEDRICH VON GIERKE, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", cit., p. 28. Para uma análise crítica à doutrina de VON GIERKE, após o seu cuidado enquadramento, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, cit., pp. 284 ss.; cfr. ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 53 ss.. Pode dizer-se que, por influência de construções como a gierkiana, "[o] problema da alterabilidade do contrato sem o consenso de todos os sócios deixou mais facilmente de se colocar naqueles ordenamentos jurídicos [entre os quais o alemão] que, partindo de uma certa concepção de personalidade colectiva, logo se afastaram de uma visão contratualista da sociedade — desse modo se dissociando, sem dificuldade, a alteração do estatuto da vontade unânime dos sócios": cfr. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 159-160. Defendendo, embora num plano diverso, uma base essencialmente pragmática do princípio maioritário, v. RUI PINTO DUARTE, "Pluralismo jurídico e democracia", in CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA / ÂNGELA BARRETO XAVIER / PEDRO CARDIM (ORGS.), *António Manuel Hespanha — Entre a História e o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 426.

*de uma vontade coletiva*⁹⁸¹. Ora, o estudo do Professor de Coimbra "revela que a conformação do princípio maioritário resulta de aspectos concretos do regime do funcionamento de cada tipo societário"⁹⁸², na sua obra tratados em pormenor com respeito à sociedade anónima.

Pois bem: aproveitando estes ensinamentos para a análise jurisdicional que nos anima, importa sobretudo reter que, sem dúvida, a *imposição da vontade da maioria*, corporizada na afirmação de soluções fundadas no princípio maioritário, apresenta no nosso contexto uma teleologia própria, que não há de ser *unitariamente* reconduzida a uma regra formal ou de procedimento. Ela preenche uma *função singular* no quadro em que foi afirmada pela jurisprudência eurocomunitária para as cláusulas atributivas de jurisdição, uma função que é em certo sentido *remissiva*: é como se o Tribunal de Justiça dissesse, abreviando, que, *se o direito societário nacional confere, em dados termos, valor impositivo de uma alteração estatutária também aos sócios discordantes*, então a noção autónoma de pacto de jurisdição *recebe* esta construção e, no pressuposto de que os estatutos e o direito societário nacional sejam cumpridos, *equipara-a à prestação de consentimento*. Assim se compreende e justifica a relativa brandura com que se determinam tão-somente *exigências de acessibilidade ou publicidade* como suficientes para se preencher a hipótese da *ficção de consentimento*⁹⁸³ assim criada: para a plena validade e eficácia da cláusula jurisdicional estatutária, basta a *acessibilidade* dos estatutos que a contêm, seja porque *"estão depositados num lugar a que o accionista tem acesso"*, designadamente a sede da sociedade, seja porque *"constam de um registo*

⁹⁸¹ Daí que, no entender de Pedro MAIA, retomando GALGANO, "esta visão unitária do princípio da maioria esteja associada aos estudos de Otto von Gierke e à concepção de personalidade colectiva que eles inspiraram: uma vez convertida a vontade de cada um dos membros em (mera) *parte da vontade colectiva* — a vontade de cada membro deixou de corresponder, portanto, a uma *vontade individual* — e uma vez assente o princípio maioritário num *procedimento*, não restavam diferenças essenciais entre a aplicação do princípio maioritário, por exemplo, numa sociedade e num órgão de uma pessoa colectiva de direito público": PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 146.

⁹⁸² PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 146.

⁹⁸³ Sobre a expressão, v. *supra*, n. 50 e texto correspondente.

*público*⁹⁸⁴. Entre a *ficção da personalidade coletiva* de SAVIGNY e a *ficção da vontade coletiva* de GIERKE⁹⁸⁵ está, em suma, a chave para compreender a *ficção de consentimento* do Tribunal de Justiça.

3.3. Natureza jurídica das cláusulas ou regras estatutárias

Na determinação do alcance do efeito vinculativo da cláusula atributiva de jurisdição que dizia respeito a *"todos os conflitos surgidos com a sociedade ou os seus órgãos"*, o Tribunal de Justiça fez apelo à circunstância de estarmos perante uma daquelas *"estipulações de cariz regulamentar"*⁹⁸⁶ a que usa chamar-se *estatutos*⁹⁸⁷.

Qual a natureza jurídica destas estipulações ou regras estatutárias é tema de longo debate⁹⁸⁸. Uma análise marcante do tema, que aqui vamos usar como ponto de apoio, é a de Herbert WIEDEMANN⁹⁸⁹, que, depois de aludir a uma dada similitude entre os estatutos

⁹⁸⁴ Ou ainda, porventura, arriscaríamos nós hoje, já passado quase um quarto de século após 1992, porque constam de sítio na Internet que cumpra equiparáveis exigências de acessibilidade.

⁹⁸⁵ Dando esta expressão à dicotomia, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 176.

⁹⁸⁶ RUI PINTO DUARTE, "(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades", cit., p. 17.

⁹⁸⁷ Como aponta RUI PINTO DUARTE, "(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades", cit., pp. 17-18, a expressão, de larga tradição doutrinária e com assento legal no Código Civil por referência a associações e fundações, não constava da primitiva versão do CSC; mas passou a constar, após a reforma de 2006, de diversos preceitos (v. *ob. cit.*, p. 18, n. 23); v. ainda HUGO DUARTE FONSECA, *Sobre a Interpretação do Contrato de Sociedade nas Sociedades por Quotas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 29.

⁹⁸⁸ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 160; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, p. 75.

⁹⁸⁹ Veja-se o clássico manual de HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 158 ss.. Noutros escritos também, v. HERBERT WIEDEMANN, "Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften", in WOLFGANG HEFERMEHL / RUDOLF GMÜR / HANS BROX (HRSG.), *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1974, pp. 585 ss. (relativamente às sociedades de pessoas, como o título desde logo indica; traçando um interessante paralelo com o controlo substantivo dos contratos de adesão, cfr. pp. 591 ss.); HERBERT WIEDEMANN, "Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen", in *DNotZ*, Sonderheft 1977: «75 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift», 1977, pp. 99 ss..

societários e uma constituição estadual⁹⁹⁰ (embora a analogia só vá “até um certo grau”), começa por caracterizar o “contrato social” como um *contrato de organização*⁹⁹¹ e de *domínio*. O aspeto *organizatório*⁹⁹² manifestar-se-ia na hierarquização e repartição de competências, não (inteira ou livremente) disponíveis pelos seus titulares, ao passo que o de *domínio* se referiria à definição do espaço de influência e do nível de empenhamento pessoal e patrimonial de cada sócio⁹⁹³. No que concerne mais diretamente a natureza jurídica dos estatutos, WIEDEMANN avança com a identificação das correntes *normativa* e *negocial*. A primeira, numa articulação inicial que tem raízes nos trabalhos de RENAUD e depois do já citado VON GIERKE, ambos ainda no século XIX, considera que o ente corporativo formula ele próprio enunciados normativos que se fundamentam, não num prévio negócio jurídico habilitante, mas sim num *acto comum social* (*sozialer Gesamtakt*), que adviria do “privilégio” que lhe foi delegado de ditar regras de direito objetivo. WIEDEMANN identifica por detrás desta posição teórica um propósito político-jurídico de garantir estadualmente às corporações um amplo espaço de livre atuação, por conseguinte isentando-as da aplicação dos §§ 105 e seguintes do BGB alemão sobre a *declaração de vontade* – propósito esse cuja razão de ser última teria desaparecido, segundo o autor, com a consagração da liberdade de associação, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da *Grundgesetz* alemã⁹⁹⁴. Para WIEDEMANN, aliás, a aspiração do seu tempo (o

⁹⁹⁰ O autor lembra como a palavra *Verfassung*, então como hoje, é usada para se referir aos estatutos de uma pessoa colectiva de direito privado pelo § 25 BGB (HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 159).

⁹⁹¹ A semelhante propósito identificando os estatutos como “negócios jurídicos de organização”, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 137; referindo-se ao ato constitutivo como contrato de organização, tb. HUGO DUARTE FONSECA, *Sobre a Interpretação*, cit., p. 23.

⁹⁹² Tb. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011 realça a “natureza institucional” e intitula os estatutos de “micro-ordenamento que rege as relações entre os sócios e define os elementos essenciais da sociedade” (p. 335).

⁹⁹³ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 159.

⁹⁹⁴ Sobre o aproveitamento político da associação àquela perspetiva, no quadro da dicotomia contratualismo vs. institucionalismo e, dentro deste, da *Unternehmen an sich* (sobre esta com mais pormenor, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, cit., pp. 324 ss.; tb. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 208 ss.; e já ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, pp. 301 ss., n. 117), cfr. RUI PINTO DUARTE, “(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades”, cit., pp. 54-55.

escrito é de 1980) seria, pelo contrário, a de evitar uma expansão descomedida dos *poderes intermédios*⁹⁹⁵. De todo o modo, a ideia subjacente à dita *corrente normativa* era a de que, numa hierarquização das fontes de juridicidade⁹⁹⁶, os estatutos seriam reconduzíveis, não à autonomia privada, mas sim à *normação jurídica (Rechtsetzung)*. Importaria, por isso, proceder a uma correta delimitação entre *norma jurídica* e *negócio jurídico*, com o que o Autor avança para a sua crítica à teoria exposta. Haveria distinções importantes a traçar em três níveis: a *estrutura interna*, o *círculo de destinatários* e os *fundamentos de validade*. Na perspetiva da *estrutura interna* e do *círculo de destinatários*, seriam de qualificar as regras estatutárias como *normas jurídicas*, no sentido em que, respetivamente, criam uma regulamentação abstrata e duradoura e são aplicáveis a um conjunto indeterminado dos potenciais destinatários. Todavia, se tomarmos como característica definidora da norma estatutária a circunstância de a mesma ser *fundamento de validade (Geltungsgrund)* para atos praticados no seio da corporação, os estatutos e o contrato de sociedade serão já qualificáveis como *negócios jurídicos*⁹⁹⁷. Nas palavras do Autor, de tradução não linear mas merecedoras da leitura, para *a final*

⁹⁹⁵ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 161.

⁹⁹⁶ Veja-se (entre outros enumerados por HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 161, n. 7) HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 2.^a ed. (trad. por João Baptista Machado, 1962), Arménio Amado — Editor, Sucessor, Coimbra, 1960, pp. 123 ss., acerca do *negócio jurídico* enquanto simultaneamente *facto criador de Direito* e também *norma* (p. 124: "*Na linguagem tradicional a palavra «negócio jurídico» é usada tanto para significar o acto produtor da norma, como ainda a norma produzida pelo acto*") — embora não se trate, em todo o caso, de uma *norma jurídica independente* ou *autónoma*, uma vez que só em conexão com as normas jurídicas gerais que prescrevem as sanções se erige uma tal norma (p. 125: "*Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autónomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções*"). V. tb. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 165 ("*... este nível (extensivo) da distinção Estado/direito manifesta-se ainda, relembremo-lo, na circunstância de nem todo o direito vigente, mesmo no âmbito de um sistema de legislação, ser criado pelo Estado. Na verdade, (...) o direito da autonomia privada (pense-se no direito contratual, ou no direito das associações privadas) é em grande medida moldado pelas partes (...)*"); e, sobre o contrato como "uma fonte de normas de conduta juridicamente vinculantes", JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato — As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 213 ss..

⁹⁹⁷ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 161-162.

concluir essencialmente por uma qualificação *negocial*: "A norma jurídica (*Rechtssatz*) apresenta uma ordenação heterónoma, que comanda; o negócio jurídico uma ordenação autónoma, que vincula por força do próprio comprometimento (*kraft eigenen Versprechens*). Desta origem resultam também diferentes *espaços de conformação* (*Gestaltungsspielraum*). As normas jurídicas visam uma ordem justa, os negócios jurídicos valem até aos limites voluntários da iniciativa própria dos visados. Nesta perspetiva, o estatuto de uma corporação jurídico-privada, que não conhece a filiação obrigatória (*Zwangsmitgliedschaft*), preenche todos os pressupostos do negócio jurídico privado: os membros submetem-se, ao entrarem, à ordenação corporativa e assim também a futuras deliberações maioritárias; e podem de novo dela se subtrair, saindo ou alienando a participação. A incumbência regulatória (*Regelungsauftrag*) provém portanto dos próprios que a ela estão sujeitos e o poder regulatório (*Regelungsbefugnis*) é legitimado pelos membros. Que um membro fique vinculado, mesmo contra a sua vontade, por uma decisão maioritária não é uma especialidade do direito corporativo, mas sim, como uma série de poderes de conformação (*Gestaltungsrechten*) dos contraentes mostra, comum no direito privado. Que a sujeição ao poder corporativo, em virtude da sua extensão ampla e à partida dificilmente calculável, carece de tutela jurídica através de uma proteção individual e da minoria é igualmente exato; mas nada muda quanto à possibilidade de qualificar os estatutos como negócios jurídicos"⁹⁹⁸.

Esta lucubração é dirigida, como se pode entreler, a uma consequência de regime: WIEDEMANN não aceita que a interpretação do direito civil alemão seja feita no sentido de

⁹⁹⁸ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 162. A desvalorização de um eventual desvio, por via da regra maioritária, ao direito privado comum, tem um paralelo nas palavras de CASSIANO DOS SANTOS ao sublinhar a raiz última do princípio maioritário no contrato ("Nesta medida, o princípio maioritário não representa um desvio significativo às regras contratuais comuns. Nos contratos do Código Civil, definido o elemento ou elementos centrais do acordo — por exemplo, na compra e venda, a vontade de comprar e a vontade de vender —, é possível que a determinação de alguns elementos ulteriores — na compra e venda, o montante do preço, por exemplo: art. 883, n.º 1, do CC — seja realizada por outra via que não um (novo) acordo entre os sujeitos, sem que isso descaracterize o negócio como contrato."); FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., pp. 353-354.

considerar os aludidos preceitos sobre a formação e declaração de vontade cingidos a "contratos e declarações de vontade, mas não [aplicáveis] a estatutos, deliberações dos sócios e declarações de entrada (*Beitrittserklärungen*)". Se os estatutos são negócios jurídicos, relevados da autonomia privada, então é-lhes aplicável o direito civil geral. Enquanto tais, são *legitimados* por "declarações privadas de concordância" (*private Einverständniserklärungen*). A ser assim, impõe-se uma (justificada) *redução teleológica* para que, em virtude das especialidades do *Verbandsrecht*, não sejam aplicáveis determinadas normas do direito civil. Ou seja, em que medida serão ou não aplicáveis os preceitos "que regulam em geral o contrato obrigacional é questão a ser decidida em face de cada norma jurídica em particular; as normas jurídicas para os contratos comutativos não se aplicam"⁹⁹⁹.

Esta redução teleológica, ou orientação normativa equivalente no resultado, é imposta pela presença de uma *esfera social*, produto da criação de uma estrutura societária. Uma esfera em que, como sugere CASSIANO DOS SANTOS, "todos os interesses individuais por ela absorvidos são objecto de um consenso que harmoniza, no plano da estrutura, os interesses e fins até aí pelo menos potencialmente conflitantes", por contraste com as remanescentes *esferas individuais* dos sócios. Estas, por seu turno, permanecem *intocadas* pela regra da maioria, uma vez que tal regra se cinge "ao âmbito de actuação que no contrato foi deixado em aberto para a estrutura"¹⁰⁰⁰. Sobre aquelas não incidiu um consenso que as submeta à *socialidade* — o que não significa que o contrato

⁹⁹⁹ HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 163, 165. Referindo-se à possibilidade de os preceitos gerais sobre o negócio jurídico serem inaplicáveis à sociedade, em particular acerca das *fehlerhafte Gesellschaften*, cfr. KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 76. Veja-se, igualmente com interesse, a breve distinção fundamental entre os *Austauschverträge*, de um lado, e os contratos de sociedade e relações associativas, de outro, por MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue — Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, pp. 199 ss. (nesse contexto, instrumentalmente para uma análise da *Vertragstreue* que exclui a sua aplicabilidade aos segundos).

¹⁰⁰⁰ FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., pp. 351-352, 360.

de sociedade sobre elas seja silencioso: pode, pelo contrário, pretender-se aí uma explicitação de que certos interesses ou faculdades são *extrassociais* ou *extracorporativos*.

Chegamos então à conclusão de que os estatutos ocupam materialmente um espaço de conformação *essencialmente* societário, como tal *legitimado* originariamente pela *vontade* dos sócios (de cada sócio), em que ulteriormente a *estrutura e organização* desempenham um papel-chave, e, por fim, onde o *princípio maioritário* atua como regra. Eles ocupam, em suma, aquilo a que se pode chamar a *esfera social*¹⁰⁰¹, por oposição à *esfera individual* de cada sócio: esta última é marcada pelo signo da *contratualidade*, exigindo-se o consentimento do sócio para que a sua posição jurídica seja eficazmente afectada¹⁰⁰², ao passo que aquela é atuada pela regra maioritária, em relação à qual os sócios concordaram, ainda que tacitamente, no momento contratual de formação ou adesão à sociedade.

3.4. Indicação de sequência

É sobre este pano de fundo de compreensão da *natureza da cláusula ou regra estatutária* e da sua ligação com o *princípio maioritário* que se pode explicar o modo como o Tribunal de Justiça se permite pressupor uma determinada vinculatividade e

¹⁰⁰¹ V. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., *passim*, que a identifica a certo ponto com os "interesses que os sócios colocaram em comum para serem geridos pela estrutura que criaram" (*ob. cit.*, p. 366).

¹⁰⁰² FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., p. 456, *passim*. O Autor apresenta, para a distinção entre as esferas *social* e *individual*, um "critério objectivo e interno à sociedade (ou, em primeira linha, ao contrato)", em que a "esfera individual é delimitada negativamente", em termos de que "[s]ó as decisões sociais que afectem as posições que o contrato ou a lei atribuem ao sócio com definição precisa da sua configuração e condições de exigibilidade, de modo a que tenham a sua formação como posições jurídicas realizada, no essencial, sem que a própria sociedade tenha de cooperar constitutiva ou declarativamente na sua formação, é que lesam a esfera individual." (*ob. cit.*, pp. 455-456). Sobre as particularidades das sociedades unipessoais, cfr. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, cit., pp. 374 ss..

eficácia da cláusula estatutária. Ainda que o tribunal sediado no Luxemburgo o não faça explicitamente, procurámos as fundações que podem autorizar aquela judicatura, à luz das conceções vigentes, a *estender* essa vinculatividade a todo um *grémio social*, mesmo na ausência da *prestação do consentimento* que, na sua bem assente jurisprudência, vai sendo afirmada como requisito essencial da noção autónoma de pacto de jurisdição, à luz das disposições de Bruxelas.

Mas, como fomos sugerindo, nem toda a regulação societária é *estatutária*, neste sentido material, com múltiplas consequências sobre o regime a que devem estar sujeitos os pactos de jurisdição societários: sobretudo, a de que nem todas as estipulações inseríveis formalmente nos estatutos, assim como nem todas as deliberações adotáveis pelos sócios, se podem inelutavelmente impor a todos os sócios.

Há que procurar agora precisar, na medida do indispensável para a nossa indagação, os âmbitos correlativos de *contratualidade* e de *socialidade*, no que para os pactos de jurisdição releva.

4. Limitações societárias à vinculação jurisdicional: as «ilhas de contratualidade»

4.1. Cláusulas estatutárias «materiais» e «formais», direitos «corporativos» e «extracorporativos», «socialidade» e «contratualidade»

Começemos por dar atenção à classificação tradicional de cláusulas estatutárias *materiais* e *formais*, ou *próprias* e *impróprias*, a que já aludimos de passagem a propósito de um primeiro diálogo com os trabalhos de Peter O. MÜLBERT e Johannes WEBER.

Um breve cotejo da doutrina permite encontrá-la frequentemente no contexto da interpretação do aludido § 23 AktG, ou também dos §§ 2 ou 3 GmbHG, dedicados estes

últimos, respetivamente, à forma e ao conteúdo do contrato de sociedade¹⁰⁰³. Em HÜFFER, para autorizado exemplo, encontramos aquela classificação, entremeada ainda por uma terceira espécie de cláusulas *indiferenciadas (indifferent)*.

Assim, as disposições estatutárias *materiais* serão em geral as "regulamentações relativas à sociedade e às suas relações com os fundadores ou futuros acionistas"¹⁰⁰⁴. Mas faz-se ainda uma subdivisão ao referir-se, primeiramente, cláusulas *necessariamente materiais (notwendig materielle Satzungsbestimmungen)*, entre as quais se enumeram as menções obrigatórias do § 23 (3) e (4) AktG (assimiláveis ao conteúdo obrigatório do contrato de sociedade, nos termos do artigo 9.º do CSC português), tais como a firma, a sede, o objeto, bem como "vinculações jurídico-societárias da sociedade por ações perante acionistas, por exemplo os seus direitos especiais". De seguida, identificam-se cláusulas que "normalmente", ou "em regra" (*in der Regel*), têm esta natureza *necessariamente material*. E diz-se apenas "normalmente" porque "podem também ser indiferenciadas". É aí que vemos elencadas, como exemplo de uma *Ergänzung* estatutária no sentido regulado pelo § 23 (5), 2.ª parte, AktG¹⁰⁰⁵, as "cláusulas de escolha de foro que reclamem validade em relação a todos os atuais e futuros acionistas"¹⁰⁰⁶, citando-se para o efeito o acórdão do BGH no caso *Powell Duffryn* (ou *IBH*, se preferirmos citar a sociedade de direito alemão cujos estatutos estiveram em causa, e não a sociedade-sócio)¹⁰⁰⁷. Resulta porém do já citado que, para os Autores¹⁰⁰⁸, tais cláusulas podem

¹⁰⁰³ V. JÖRG MAYER, "§ 2 GmbHG", in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015, Rn. 150 ss., *maxime* 157; HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015, Rn. 101 ss..

¹⁰⁰⁴ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 3; em sentido próximo para a GmbH, HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", cit., Rn. 102.

¹⁰⁰⁵ V. UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 3, 37 ss., *maxime* (para os pactos de jurisdição) Rn. 38; cfr. *supra*, texto correspondente à n. 725.

¹⁰⁰⁶ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 3.

¹⁰⁰⁷ BGH, 1993.10.11, cit..

integrar a categoria de *indiferenciadas*, no sentido em que não são *necessariamente materiais* nem *necessariamente formais*. Ao fim e ao cabo, serão *materiais* ou *formais* dependendo do modo como os sócios conformam os estatutos e eventuais outros instrumentos contratuais. Desta *indiferenciação* de base decorre a liberdade de conformação dos acionistas para as integrarem, ou não, nos estatutos; sendo que, dessa inclusão, se poderá deduzir, em caso de dúvida, um argumento no sentido de que são verdadeira e *materialmente* estatutárias¹⁰⁰⁹. De todo o modo, semelhantes casos de dúvida requererão um especial esforço de *interpretação dos estatutos*, em que os Autores, como aliás é opinião largamente dominante na Alemanha, privilegiam, para as cláusulas materialmente estatutárias, um *critério objetivo*¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ A obra que vimos referindo, iniciada por UWE HÜFFER, falecido em 2012, é na última edição continuada por JENS KOCH, como indicamos em citação.

¹⁰⁰⁹ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., Rn. 3, 5. Sublinha WICKE que importa prestar atenção à concreta configuração da cláusula formalmente estatutária, uma vez que aí se podem sediar estipulações tão distintas como acordos jurídico-obrigacionais entre os intervenientes, deliberações dos sócios ou até meras declarações de ciência ou informativas; ao que acresce a circunstância de que nem todas as cláusulas materialmente estatutárias, segundo a sua função, merecerão necessariamente a mesma valoração: HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", cit., Rn. 103.

¹⁰¹⁰ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 5, 39-40, onde se defende que a cláusula *material* deve ser "objetivamente" interpretada, mesmo apesar do reconhecimento da sua natureza contratual, mas apenas *a partir do registo comercial*. Antes desse registo, bem como no respeitante às cláusulas *formais* (neste caso em qualquer momento, i.e., independentemente do registo comercial), a interpretação das cláusulas estatutárias deveria apelar à hermenêutica negocial — no caso alemão, essencialmente aos §§ 133 e 157 BGB (sobre o cuidado a ter na comparação destes preceitos com o direito português, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I - Parte Geral*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 497, n. 1497) —, valendo pois nessa sede, se for o caso, as intenções e motivações dos fundadores (*ob. cit.*, Rn. 39-40); cfr. tb. JÖRG MAYER, "§ 2 GmbHG", cit., Rn. 150 ss.; HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", cit., Rn. 101 ss.. V. ainda, com interesse, sobre o tema, HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 166 ss. (e já, do Autor, HERBERT WIEDEMANN, "Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen", cit., pp. 99 ss.); BARBARA GRUNEWALD, "Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen", in *ZGR*, 1995, pp. 68 ss.; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 87 ss.; e, mais recentemente, HOLGER FLEISCHER, "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen. Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht", in HANS-UELI VOGT / HOLGER FLEISCHER / SUSANNE KALSS (HRSG.), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 181 ss..

Na doutrina portuguesa da última década, é essencial a obra de HUGO DUARTE FONSECA, *Sobre a Interpretação*, cit., apontando para as diversas *geometrias*, quanto à interpretação dos estatutos sociais, que podemos encontrar na doutrina portuguesa (e bem assim italo-germânica), entre critérios interpretativos *unitários ou uniformes* e uma pluralidade de critérios *segmentados* (em que as propostas são "as mais

Esta referência ao critério interpretativo é enumerada como uma das consequências da qualificação operada. A par dela, a distinção importará ainda pelo menos em sede de *alterações estatutárias*, em que apenas às cláusulas estatutárias *materiais* se aplicaria tal regime, ficando as demais sujeitas "aos preceitos que regem as respetivas relações jurídicas"¹⁰¹¹; e de *impugnação de deliberações*¹⁰¹².

Recordando o pensamento de Peter O. MÜLBERT, a cujas propostas nos dedicámos acima, a resposta à questão de saber se estão ou não vinculados a uma cláusula jurisdicional estatutária sócios que votaram desfavoravelmente a sua introdução (ou modificação), ou também sócios futuros, está dependente do tipo de cláusula estatutária

diversas", *ob. cit.*, p. 103) em função do género de cláusula (sendo esse género *v.g.* função da classificação legal e doutrinal do tipo societário (aberto ou fechado), como em António CAEIRO ou Vasco LOBO XAVIER (*ob. cit.*, p. 74), ou antes da natureza mais *jurídico-corporativa* ou *jurídico-individual* da disposição estatutária, como em COUTINHO DE ABREU e diversos autores alemães), por um lado, e entre a atendibilidade dos critérios da *interpretação negocial* ou antes uma interpretação dita "*objetiva*" dos estatutos, que convoque as regras que visam a fixação do sentido das *normas legais*, por outro lado. Cfr. ainda VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., pp. 564 ss., n. 31; ANTÓNIO A. CAEIRO, "Destituição do gerente designado no pacto social — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Maio de 1975", in *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984 (tb. in *RDE*, 1. (1975), pp. 283 ss.), pp. 387 ss.; MÁRIO LEITE SANTOS, *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996, pp. 46 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 494 ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 137 ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (ORG.), *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I — Congresso Empresas e Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 102 ss.; PAULO CÂMARA, "Acordos Parassociais: Problemas de Interpretação e de Conversão", in EVARISTO MENDES / PAULO OLAVO CUNHA (COORD.), *Direito Comercial e das Sociedades — Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 448 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV — Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 304 ss.. Na jurisprudência portuguesa, *v. p. ex.* STJ, proc. n.º 070445, Relator: Corte Real (1982.12.14); STJ, proc. n.º 079658, Relator: Moreira Mateus (1991.03.14); STJ, proc. n.º 96B133, Relator: Nascimento Costa (1996.06.12).

¹⁰¹¹ Cfr. UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., Rn. 5; URSULA STEIN, "§ 179 AktG", in WULFF GOETTE / MATHIAS HABERSACK (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4 (§§ 179-277), 3. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2011, Rn. 17, 30.

¹⁰¹² Mais pormenorizadamente, para a GmbH, distingui WICKE seis pontos, em que primeiro, segundo e quarto correspondem *grossa modo* à divisão de HÜFFER: interpretação; nulidade e impugnação; controlo do conteúdo; fundação e alteração; violação dos deveres e eficácia perante a sociedade, sócios futuros e terceiros. Cfr. HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", cit., Rn. 104 ss..

que temos em mãos. Segundo o Autor, se for uma regra estatutária *formal* ou *imprópria*, apenas os sócios atuais estão vinculados (bem como os seus sucessores ou cessionários nessa relação jurídica, nos termos em que o direito processual aplicável admita e regule essa sucessão); se for antes uma regra estatutária *material* ou *em sentido próprio*, a sua vinculação é universal, incluindo nomeadamente os "adquirentes originários" de participações sociais daquela sociedade por via de um futuro aumento de capital¹⁰¹³.

Também Johannes WEBER, recordemos, expunha o seu entendimento de que apenas as cláusulas estatutárias *materiais* integrariam a *Verbandsverfassung* e produziriam, enquanto tais, efeitos perante todos os sócios, presentes (concordantes ou discordantes) e futuros, cabendo ao *direito societário nacional* determinar quais as exigências ao nível de maiorias suficientes, em especial "se uma maioria qualificada basta ou é necessário o consentimento individual do sócio, porque segundo o direito nacional a derrogação das competências legais toca o domínio nuclear da socialidade"¹⁰¹⁴.

Esta última afirmação permite realçar um ponto fundamental, que é o da necessidade de procurarmos, à luz do direito das sociedades nacional, uma distinção entre as situações em que a introdução ou modificação da cláusula estatutária atributiva de jurisdição deva ser vista como pertencendo à *socialidade*, regida pelo princípio maioritário, e aquelas outras situações em que "o consentimento individual do sócio", como indicado, tenha que ser obtido, para que tais vicissitudes se produzam eficazmente, uma vez nos movamos no domínio da *contratualidade*.

A distinção convoca a ideia de *direitos individuais dos sócios*, nos quais se começou por centrar, num primeiro momento histórico, a tutela do sócio contra a intervenção da maioria. Em comum aos diversos matizes que foi apresentando, pode identificar-se como traço essencial o desígnio de "*fixarem* um núcleo de matérias sobre as

¹⁰¹³ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 316.

¹⁰¹⁴ JOHANNES WEBER, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz*, cit., p. 466.

quais a maioria não teria o poder de decidir"¹⁰¹⁵. A terminologia é fluida, não apenas na forma mas também no conteúdo¹⁰¹⁶; porém, encontramos nas águas seguras de FERRER CORREIA¹⁰¹⁷ um sempre fiável ponto de partida, numa análise que se dedica justamente aos *limites aos poderes da assembleia*. Para lá do que resulte do *ordenamento jurídico da sociedade* com natureza *imperativa*, enumeram-se os "*direitos extracorporativos, os direitos corporativos especiais do sócio e os direitos gerais inderrogáveis*". Nos primeiros, incluem-se os "direitos dos sócios, não como tais, mas como terceiros", que não dimanam "da relação social, mas de outra relação jurídica", e por isso "estranhos à relação da socialidade"; aos quais são ainda assimiláveis todos aqueles que, "tendo embora a sua matriz na qualidade social, dela se autonomizaram entretanto": exemplo paradigmático é o "direito a dividendos já definitivamente aprovados pela assembleia geral"¹⁰¹⁸. Os segundos são espécie do género *direitos corporativos*, ou *Mitgliedschaftsrechte*, isto é, "os direitos dos membros da corporação ou pessoa jurídica enquanto tais", direitos "do sócio em face da sociedade". Se os *gerais* são os "que competem por igual a todos os sócios", tais como os de participação e de quinhão nos lucros, já os *especiais*, ou *Sonderrechte*, competiriam "apenas a um ou alguns dos sócios", conferindo-lhes "uma vantagem especial, um privilégio, uma posição de supremacia frente aos demais associados". FERRER CORREIA junta-os aos primeiramente indicados *direitos extracorporativos* a propósito da sua comum *inderrogabilidade por deliberação maioritária*, mas não sem deixar de sublinhar que esta "não procede das mesmas fontes" em cada um dos casos, por isso que os *corporativos*, ainda que *especiais*, ainda "se

¹⁰¹⁵ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 182-183.

¹⁰¹⁶ Para um panorama das mesmas, v. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 182-183, n. 254.

¹⁰¹⁷ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., pp. 347 ss.; v. já tb. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE / ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Suspensão e anulação de deliberações sociais", in *RDES*, Ano III, 1947-1948, pp. 349 ss..

¹⁰¹⁸ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., pp. 348-349; v. tb. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço — o direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, *Studia Iuridica* n.º 16, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 20; PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 189.

inscrevem na moldura ou esfera corporativa"; pelo que "não pode deles dizer-se que estão por natureza subtraídos à soberania da sociedade"¹⁰¹⁹. Conclui, em linha de pensamento que viria a recuperar mais tarde: "Contudo, trata-se de direitos de uma feição singular, pois não se encontram ao serviço de valores sociais ou de um interesse comum a todos os sócios, mas de interesses próprios e exclusivos de um ou alguns deles. São, por certo, direitos estatutários, mas a sua função é tutelar o interesse do sócio a quem competem já em relação ao dos outros sócios, já em face do próprio interesse da sociedade; e se bem que derivem a relevância jurídica que lhes é própria do estatuto corporativo, constituem aí como enxertias de contratos de direito comum. Vivem, é certo, sob a égide corporativa, todavia marcados pela sigla da contratualidade"¹⁰²⁰. Por último, os terceiros (*direitos gerais inderrogáveis*) são os que, sendo *corporativos*, se destacam por tão-pouco admitirem derrogação por deliberação maioritária, cabendo ainda uma última subdivisão entre os que, de entre os inderrogáveis, são ainda *irrenunciáveis*, isto é, agora na locução de Vasco LOBO XAVIER, "sobre serem *inderrogáveis* por deliberação maioritária da assembleia, nem sequer podem ser suprimidos ou coarctados com o consentimento do seu titular"¹⁰²¹. Ora, entre os "apenas" *inderrogáveis* incluía FERRER CORREIA, "de um modo geral, todos os direitos conferidos por uma disposição estatutária"¹⁰²², como, v. g., um direito convencional de preferência na subscrição de acções"; e, por fim, como *irrenunciáveis* indicava "todos aqueles que derivem de normas legais imperativas,

¹⁰¹⁹ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., pp. 349-350.

¹⁰²⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Estudos Jurídicos - II - Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 1985, pp. 96-97; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., p. 352.

¹⁰²¹ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 171, n. 76a. Servimo-nos da enunciação do Professor de Coimbra, mesmo que, importa sublinhar, ela não lhe seja isenta de reparos: cfr. *ob. cit.*, pp. 173 ss.; p. 227, n. 99a.

¹⁰²² Acrescentando em nota: "Uma vez que tal disposição deva considerar-se, por interpretação, como inatingível por deliberação maioritária." — ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., p. 361, n. 2.

destinadas a tutelar interesses de ordem pública: assim, por exemplo, o direito de *impugnar as deliberações sociais* e o direito de *fiscalização (...)*"¹⁰²³.

É certo que as estipulações estatutárias que concernem o reconhecimento de uma tutela individual do sócio, designadamente na atribuição de *direitos especiais*, consubstanciam, em certo sentido, uma regulamentação *propriamente* estatutária¹⁰²⁴, enquanto se apresentam como "regulamentações relativas à sociedade e às suas relações com os fundadores ou futuros acionistas"¹⁰²⁵. Mas não mergulham por isso naquele *mar de socialidade*¹⁰²⁶ que fica sujeito ao princípio maioritário: elas permanecem no domínio da *contratualidade* em que foram criadas, ainda que uma *contratualidade societária*, num domínio que por vontade dos sócios é tratado no contexto da socialidade mas não é em último termo *socializado*.

Por outro lado, não se olvida, com Pedro MAIA, que a configuração dos direitos especiais como *limites aos poderes da maioria*, se adequada quando *estaticamente* considerados, pode ser *diacronicamente* falha, ao apercebermo-nos de como eles hão de ter sido inscritos no contexto social *no passado* em virtude de uma posição de poder que o permitiu, com o eventual intuito de *no futuro* virem a servir quem não mais tem a maioria

¹⁰²³ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., pp. 360-361. Vejam-se ainda MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE / ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Suspensão e anulação de deliberações sociais", cit., pp. 349 ss.; VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., pp. 171 ss., n. 76a; e, centrados nos *direitos especiais (Sonderrechte)*, ainda que por vezes num *conceito amplo* que corresponde ao que PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 181 ss., designa por *direitos individuais*, v. HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 357 ss.; entre nós, RAÚL VENTURA, *Alterações do Contrato de Sociedade — Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 79 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 20 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., pp. 248 ss.; CRISTIANO DIAS, *Os Direitos Especiais dos Sócios*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 35 ss.; em manuais de referência, cfr. ainda JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 195 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 615 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 310 ss..

¹⁰²⁴ Assim URSULA STEIN, "§ 179 AktG", cit., Rn. 21.

¹⁰²⁵ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 23, Rn. 3.

¹⁰²⁶ Usamos a expressiva imagem de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., p. 250, a propósito da sua contraposição às "ilhas de contratualidade" em que se consubstanciam os *direitos especiais*.

nem o domínio *mas um dia os teve*, perpetuando-se por essa via, de certo modo, mais ou menos intensos resquícios dessa posição¹⁰²⁷. De toda a maneira, o que mormente releva para a perspectiva que aqui adotamos é o seu significado enquanto *subtração ao livre jogo da socialidade*, erguendo uma barreira que protege as posições que se afirmam no domínio da *contratualidade* contra eventuais intervenções maioritárias, independentemente de quem conjunturalmente detenha um tal poder, em dado momento da vida social; na "espécie de reduto", como dizia FERRER CORREIA, "contra o qual a maioria em vão fará valer o argumento do interesse social"¹⁰²⁸.

4.2. Direitos especiais «materiais»: o alcance de «Powell Duffryn»

O caminho assim percorrido permite-nos, com relativo conforto, deduzir uma primeira conclusão relativamente à posição em que se encontram os sócios com direitos especiais, ou proprietários de ações que integram categoria à qual são atribuídos direitos especiais¹⁰²⁹, em face do modo como a jurisprudência eurocomunitária entende as cláusulas jurisdicionais estatutárias: a *ratio decidendi* do Tribunal de Justiça, em *Powell Duffryn*, cobre a esfera social, vigendo a cláusula, por conseguinte, para todos os litígios emergentes de relações sociais que são objeto dos *estatutos materiais* que regem a socialidade. Por exemplo, o litígio que diz respeito à responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais. Mas a regra desenvolvida e fixada pelo Tribunal *não cobre necessariamente* os litígios que sejam relativos ao exercício de direitos que não são abrangidos por aquela esfera social: nesse caso, retomando a linguagem de *Powell*

¹⁰²⁷ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., maxime pp. 191-193.

¹⁰²⁸ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial — Vol. II*, cit., p. 355.

¹⁰²⁹ Diferentemente do que sucede, por exemplo, na Alemanha, os direitos especiais na sociedade anónima do Código das Sociedades Comerciais são necessariamente atribuídos a *categorias de ações*, não podendo sê-lo a *acionistas* ou *grupos de acionistas*: cfr., entre nós, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 28-29, n. 10; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 401-402.

Duffryn, não estaremos no domínio de império do "instrumento de base que disciplina as relações entre o accionista e a sociedade". Não estaremos, tão-pouco, num domínio em que o sócio "está vinculado pelos estatutos da [sociedade] e pelas modificações que aos mesmos forem feitas pelos órgãos da sociedade em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos"¹⁰³⁰. Logo, em um tal domínio, exterior à socialidade regida pelo princípio maioritário, não pode dizer-se que o sócio esteja vinculado nos termos descritos.

Dissemos, porém, que tal vinculação não existe *necessariamente*: a hipótese em que pensamos é a de, no momento da primitiva elaboração dos estatutos e celebração do contrato de sociedade (na perspectiva do sócio fundador), ou no ulterior momento de adesão à sociedade de um novo sócio (na perspectiva do sócio futuro), ser ou estar já (respetivamente) incluída nos estatutos uma cláusula jurisdicional de formulação ampla, abrangendo, como aliás sucedia no caso subjacente à litigância em *Powell Duffryn*, "todos os conflitos surgidos com a sociedade ou os seus órgãos"¹⁰³¹.

Aqui, cremos que há que proceder a algumas distinções, sobretudo em função da titularidade da participação social e do direito especial, e bem assim da relação temporal entre o momento de inserção da cláusula atributiva de jurisdição e o momento da consagração estatutária do direito especial.

A situação menos complexa será a do sócio fundador, que, no momento em que celebra o contrato de sociedade, dando assim o seu assentimento ao teor dos estatutos, neles vê consagrado, em favor seu (ou da categoria de ações de que é titular), um determinado direito especial — por exemplo, o direito especial à gerência, a que se refere em particular o artigo 257.º, n.º 3, do CSC¹⁰³²; ou o direito de os titulares de uma categoria de ações terem um voto especial na eleição de até um terço dos administradores,

¹⁰³⁰ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 26, 27.

¹⁰³¹ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 2.

¹⁰³² Cfr. p. ex., na jurisprudência do Supremo, lidando com a interpretação dos estatutos sociais para efeitos de reconhecer um direito especial à gerência, STJ, *proc. n.º 070445*, 1982.12.14, cit.; STJ, *proc. n.º 079658*, 1991.03.14, cit.; STJ, *proc. n.º 96B133*, 1996.06.12, cit..

nos termos do n.º 2 do artigo 391.º do CSC; *etc.* — e, concomitantemente, vê prevista uma cláusula atributiva de jurisdição exclusiva a determinado tribunal. Nesta hipótese, será decisiva a concreta interpretação do pacto; mas pode aceitar-se, na linha do que escrevia HÜFFER¹⁰³³, que a presença *ab initio* nos estatutos do pacto de jurisdição, em concomitância com o direito especial, faz *presumir (ilidivelmente)* a sua *materialidade estatutária*, no sentido em que abrange não apenas as matérias integradas na *esfera social* em sentido mais estrito, mas também os litígios que digam respeito à existência, validade, exercício ou invocação dos direitos especiais aí também consagrados.

Imaginemos agora o caso em que o sócio vê introduzir-se nos estatutos, apesar do seu voto *discordante*, uma cláusula atributiva de jurisdição, com aquela formulação ampla, sendo ele, desde a fundação, detentor de um determinado direito especial¹⁰³⁴. A legitimidade da extensão do pacto de jurisdição aos litígios respeitantes ao direito especial é muito dubitável; cremos que deverá ser negada, na ausência de uma ulterior aceitação tácita. Ao exercer o direito, o sócio, dele titular, move-se no âmbito que, é certo, se qualificará de jurídico-societário, mas marcado pelo signo da contratualidade; um âmbito em que todas as reconfigurações que signifiquem uma *supressão* ou *coarctação* do direito especial carecem do consentimento expresso ou tácito do(s) sócio(s) dele titular(es) para serem *eficazes*, em relação a todos os sócios (mesmo aos que consentiram)¹⁰³⁵, nos termos conjugados dos artigos 55.º e 24.º, n.º 5, do CSC — no pressuposto de que há "*regra legal ou estipulação contratual expressa em contrário*", nos termos do preceito por último citado¹⁰³⁶. Sempre se questionará, é verdade, se esta inserção de uma cláusula atributiva

¹⁰³³ UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., Rn. 3, 5 (v. *supra*, texto correspondente à n. 1009).

¹⁰³⁴ Ou em favor da categoria de ações de que é titular (mesmo que o não digamos doravante, por simplicidade expositiva, deve tomar-se por implícito).

¹⁰³⁵ Cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 202-203; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 24.º — Direitos especiais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, anot. n.º 5.

¹⁰³⁶ Uma tal "*estipulação contratual expressa em contrário*" será pouco comum: ela "*retiraria o significado à escolha do direito especial para tutela do seu [do titular] interesse pessoal. A sua justificação e as suas potencialidades assentam sobretudo na sua inderrogabilidade*" — assim PAULO OLAVO CUNHA, *Direito*

de jurisdição é, por si só, passível de ser qualificada como uma *coarctação do direito especial*. Ela não é, numa primeira leitura, facilmente cogitável: mas se, de facto, a intenção dos demais sócios que aprovam a alteração estatutária para introduzir a cláusula é a de obterem vantagens especiais, ou simplesmente a de prejudicar a sociedade ou aquele(s) sócio(s), estaremos em face de uma *deliberação anulável*, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, b), do CSC¹⁰³⁷.

Vejam agora a hipótese de, em estatutos que se não referem, *ab initio*, a mais do que o que *material* ou *propriamente* é objeto de sua típica regulação, ser ulteriormente introduzido um direito especial como os acima exemplificados¹⁰³⁸. A primeira questão a colocar é, desde logo, a da admissibilidade da criação de direitos especiais em momento ulterior ao da constituição da sociedade. Ela não resulta inequivocamente da lei¹⁰³⁹, mas merece o favor da nossa doutrina, ainda que não unânime quanto às exigências deliberativas para o efeito. Se Raúl VENTURA¹⁰⁴⁰ e Luís BRITO CORREIA¹⁰⁴¹ subscreveram a necessidade de votação favorável *de todos os sócios*, as pronúncias mais recentes vão no sentido de que valem os *termos gerais aplicáveis* a qualquer outra *modificação do pacto social*¹⁰⁴². Pressuposta a admissibilidade da criação ulterior de direitos especiais, a

das Sociedades Comerciais, cit., p. 314, n. 469. Realçando que o regime do art. 24.º, n.º 5, do CSC, "revela uma natureza de certo modo contratual", PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., p. 253, acrescentando: "Entre o titular do poder especial e a sociedade fica constituído um vínculo que esta não pode alterar, salvo por acordo." (*id.*, *ibid.*).

¹⁰³⁷ V. ainda *infra*, pp. 467 ss..

¹⁰³⁸ Vejam-se, para outros exemplos, *v.g.*, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 197 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., p. 618; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 315 ss.; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 24.º", cit., anot. n.º 1.

¹⁰³⁹ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 24.º", cit., anot. n.º 2 ("Eis, pois, mais um aspecto que o legislador poderia vir clarificar").

¹⁰⁴⁰ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas — Vol. III — Artigos 252.º a 264.º*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 16 ("Assim exige o princípio da igualdade de tratamento dos sócios").

¹⁰⁴¹ LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial — 2.º volume — Sociedades Comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 330.

¹⁰⁴² Assim PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais*, cit., p. 184 (acrescentando que a "própria criação de acções privilegiadas não tem de ser aprovada pelos titulares de acções privilegiadas já existentes, reunidos em assembleia especial"); PAULO OLAVO CUNHA, "Os novos direitos especiais: as acções especiais", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 130; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 312, n. 466 (implicitamente); JORGE M.

sua introdução nos estatutos, em simultâneo com nova cláusula atributiva de jurisdição, na formulação descrita, há de aferir-se em termos semelhantes aos da primeira hipótese que imaginámos, relativa ao momento da fundação, se o momento de entrada do sócio na sociedade é coincidente com as alterações estatutárias assim operadas¹⁰⁴³. Diverso será o caso do sócio fundador da sociedade que, apresentando estatutos que *ab initio* contêm a aludida cláusula jurisdicional, vem ulteriormente a criar ou atribuir direito especial a esse sócio. Aí, a sua anterior *concordância ou não* com a cláusula jurisdicional *em matérias da socialidade mais estrita* — matérias em que, já sabemos, segundo *Powell Duffryn*, funcionará o princípio maioritário nos termos colhidos em cada direito societário nacional — é, à partida, irrelevante para a sua nova posição enquanto sócio titular de um direito especial. Caber-lhe-á, agora, a possibilidade de manifestar ou não a sua concordância com a sujeição a uma cláusula estatutária jurisdicional *no que respeita ao direito especial*, sendo que o seu silêncio poderá fazer presumir uma tal concordância, conforme acima indicado¹⁰⁴⁴.

Há, neste último caso, uma eventual dificuldade adicional, relativa à *suficiente determinação da relação jurídica*, exigida pelo artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia¹⁰⁴⁵. Perguntar-se-á, até que ponto se pode aceitar que a cláusula abrange, eficazmente, no seu âmbito, os litígios entre a sociedade e o(s) seu(s) sócio(s), quando esteja em causa o exercício de um direito especial, e não de uma outra faculdade que se desentranhe em termos *não especiais*, neste sentido, da participação social. A resposta, mais uma vez, fica dependente da interpretação da cláusula em concreto. Com efeito, o Tribunal de Justiça, em *Powell Duffryn*, avança apenas as linhas gerais de que *"uma cláusula atributiva de*

COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., pp. 199 ss. (no pressuposto de "o desigual tratamento" na introdução de direitos especiais a certo(s) sócio(s) "ser justificado pelo interesse social", p. 201); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 24.º", cit., anot. n.º 2.

¹⁰⁴³ Justamente imaginando uma hipótese em que um novo sócio faz depender a sua entrada na sociedade da atribuição de um direito especial à gerência ou a uma participação relativamente mais vantajosa nos lucros, cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., p. 201.

¹⁰⁴⁴ V. *supra*, texto correspondente à n. 1033.

¹⁰⁴⁵ Cfr. *supra*, pp. 237 ss..

*jurisdição constante dos estatutos de uma sociedade satisfaz esta exigência [de suficiente determinação] quando se refere a litígios surgidos ou a surgir de uma determinada relação jurídica entre a sociedade e os seus accionistas enquanto tais". Já, todavia, "[a] questão de saber se, no caso vertente, à cláusula atributiva de jurisdição deve ser atribuído tal alcance é uma questão de interpretação que compete ao tribunal nacional resolver"*¹⁰⁴⁶.

Como acabámos de prenunciar, outras dificuldades, que se poderão apresentar, dependerão muito dos concretos contornos da relação societária, da formulação da cláusula atributiva de jurisdição e dos termos da lide, tudo conjugado com uma interpretação dos estatutos sociais que caberá sempre, em último termo, ao tribunal nacional. Também em *Powell Duffryn*, o Tribunal de Justiça afirmou que "*a interpretação da cláusula atributiva de jurisdição invocada perante o órgão jurisdicional nacional é da competência deste*"¹⁰⁴⁷ — ao que temos hoje que acrescentar a prioridade do *forum prorogatum* nessa tarefa interpretativa, nos termos do artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia¹⁰⁴⁸.

Não se esconde que alguma complexidade processual poderá inevitavelmente surgir na presença de cláusulas atributivas de jurisdição que cubram, em geral, a *socialidade*, mas não incidam sobre a *contratualidade* subjacente ao exercício ou invocação de direitos especiais. Basta retomar os exemplos indicados e imaginar: em que momento irá o sócio fazer valer judicialmente o seu direito especial à gerência? Muito provavelmente, quando a sociedade o viole; o que se consubstanciará, em regra, numa deliberação social em que a maioria dos votos, na designação de gerentes, desatende àquele direito. Pois bem: o sócio estará, nesse caso, interessado não (apenas) numa mera

¹⁰⁴⁶ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.ºs 32, 33.

¹⁰⁴⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 36.

¹⁰⁴⁸ V. *supra*, pp. 355 ss..

declaração positiva da existência do seu direito especial¹⁰⁴⁹, mas eventualmente também na impugnação da deliberação social de designação de gerentes tomada ao arrepio desse direito especial. Para uma tal impugnação, porém, valerá a competência internacional exclusiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia. Importa, todavia, referir que não é certo que este dado signifique necessariamente uma inteira e absoluta subtração da nossa hipótese ao *forum prorogatum*, de fonte estatutária e estendido ao direito especial. Configure-se a demanda do sócio em tais termos que, como primeiro pedido, surge a declaração da existência e validade do direito especial; e, como segundo pedido, dependente da procedência do primeiro, a designação do sócio com direito especial como gerente. Em nenhum momento se peticiona a anulação da deliberação social viciada; mas são evidentes as consequências da procedência do pedido para aquela deliberação, se, por hipótese, o contrato prevê um número de gerentes que seria incompatível com a manutenção dos eleitos e a designação do inicialmente preterido, mas titular de direito especial à gerência¹⁰⁵⁰. Ao procurarmos aplicar a jurisprudência do Tribunal de Justiça ao problema assim configurado, não temos, à partida, uma resposta segura. Se, por um lado, a matéria do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia parece envolvida quando numa sociedade se trate a "*validade das decisões dos seus órgãos*", também já se decidiu, por outro lado, que uma interpretação ampla dessa matéria seria de rechaçar: "*o referido artigo deve ser interpretado no sentido de que o seu âmbito de aplicação abrange unicamente os litígios nos quais uma parte contesta a validade de uma decisão de um órgão de uma sociedade à luz do direito das sociedades aplicável ou das disposições estatutárias relativas ao*

¹⁰⁴⁹ Direito este que pode existir sem que, porém, em dado momento, esteja constituída a relação de gerência. A propósito, em geral, das exigências para a perfeição do "momento *constitutivo* da qualidade administrativa", cfr. RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2014, pp. 371 ss..

¹⁰⁵⁰ O contrato de sociedade poderá conter a indicação de um número exato de gerentes, ou definir limites mínimos e/ou máximos de gerentes: cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas — Vol. III*, cit., pp. 10 ss.; RICARDO COSTA, "Artigo 252.º — Composição da gerência", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2012, anot. n.º 1.

funcionamento dos seus órgãos"¹⁰⁵¹. Ora, se sublinharmos a parte final ("*relativas ao funcionamento dos seus órgãos*"), poderemos, como Matthias LEHMANN, entender que "resulta *a contrario* que a impugnação da validade de uma deliberação com base em preceitos de uma natureza diferente, tais como contrato, responsabilidade civil (*tort*), do ambiente ou outra, não está coberta"¹⁰⁵². É verdade que o apoio nesta asserção obrigaria a levar longe, porventura mais do que o aí pretendido, a separação entre o *societário* e o *contratual*, de tal modo que neste último estivéssemos a incluir o direito especial de fonte precisamente estatutária. Mas não é certo que um tal entendimento não viesse a ser aceite, tomando aliás em consideração a afirmada *natureza excepcional* das regras de competência internacional exclusiva, passíveis da bem assente necessidade de uma *interpretação restritiva*¹⁰⁵³.

4.3. Direitos especiais «jurisdicionais»: a admissibilidade de um direito especial à demanda em determinado foro

Num contexto em que analisamos as interligações entre os pactos de jurisdição e os estatutos sociais, e, por conseguinte, entre as regras de jurisdição e os preceitos jurídico-societários, é cabido questionarmo-nos, voltando ao domínio típico dos estatutos sociais, sobre a admissibilidade da estipulação de um direito especial do sócio a demandar e ser demandado, pela sociedade e/ou pelos demais sócios enquanto tais, em determinado foro exclusivo, no que respeite a litígios que não escapem à *materialidade societária-*

¹⁰⁵¹ TJUE, *Nicole Hassett v. South Eastern Health Board / Cheryl Doherty v. North Western Health Board*, C-372/07 (2008.10.02), n.º 26.

¹⁰⁵² MATTHIAS LEHMANN, "8. Exclusive Jurisdiction", cit., n.º 8.34.

¹⁰⁵³ Cfr., entre outros, TJUE, *Theodorus Engelbertus Sanders v. Ronald van der Putte*, 73/77 (1977.12.14), n.ºs 17-18; TJUE, *Hassett / Doherty*, 2008.10.02, cit., n.º 18; TJUE, *BVG v. JPMorgan Chase*, 2011.05.12, cit., n.º 30. Sobre o art. 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, v. ainda *infra*, pp. 486 ss..

estatutária (por exemplo, a responsabilização de um administrador por violação dos respetivos deveres).

Ao voltarmos a este domínio material, reintegramo-nos, a uma primeira leitura, no campo de plena vigência de *Powell Duffryn*: é nos seus termos que o Tribunal de Justiça conforma a tutela jurisdicional quando estejam em causa os mais típicos "*litígios surgidos ou a surgir de uma determinada relação jurídica entre a sociedade e os seus accionistas enquanto tais*"¹⁰⁵⁴.

Mas é legítimo questionar se os sócios, desde logo no inicial momento da fundação, têm a possibilidade de estipular, sob a veste de um direito especial, o exclusivo recurso a um determinado foro para todos os litígios respeitantes às relações sociais. Há, aqui, ao menos três aspetos merecedores de análise.

Ainda preliminarmente, cumpre reiterar que uma tal cláusula atributiva de jurisdição terá, em todo o caso, uma importante limitação material: nos termos já conhecidos do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, os litígios "[e]m matéria de validade da constituição, de nulidade ou de dissolução de sociedades (...)" e bem assim "*de validade das decisões dos seus órgãos*" estão *imperativamente* sujeitos à competência internacional exclusiva dos tribunais do Estado-membro da sede social¹⁰⁵⁵.

Em primeiro lugar, nas matérias societárias que escapam a essa competência internacional exclusiva, perguntar-se-á se uma *prorogatio* é suscetível de constituir um possível e válido objeto de um verdadeiro *direito especial*. Atendendo à feição que no Código das Sociedades Comerciais português lhes é atribuída, nomeadamente no artigo 24.º, em geral, e no artigo 302.º, em particular para a sociedade anónima, não vemos obstáculos: não há registo legal, nem tão-pouco parece normativamente justificar-se, de uma qualquer *tipicidade legal* dos direitos especiais. Pelo que a autonomia privada pode criativamente funcionar, dentro dos limites impostos pelos princípios e regras

¹⁰⁵⁴ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 32.

¹⁰⁵⁵ Cfr. *infra*, pp. 486 ss..

societários¹⁰⁵⁶. Ademais, não parecem erigir-se barreiras à aceitação de um direito especial com esta configuração nas sociedades anónimas, na medida em que se aceitem, a integrar uma categoria, ações privilegiadas¹⁰⁵⁷ com certas vantagens *sem um conteúdo imediatamente patrimonial*: é sabido que "[p]odem ser diversos", conforme prevê o artigo 302.º, n.º 1, do CSC, "os direitos inerentes às acções emitidas pela mesma sociedade", sendo aliás um bom exemplo a hipótese do já citado artigo 391.º, n.º 2, do CSC¹⁰⁵⁸.

Em segundo lugar, pressuposta a admissibilidade de um tal *direito especial jurisdicional*, poderia ainda questionar-se, nos termos societários gerais, se dele poderão ser titulares *todos os sócios*, ou se, pelo contrário, apenas em favor de uma parte do grémio social poderá validamente estipular-se um tal direito. Tomamos por lícita, com uma parte importante da doutrina atual¹⁰⁵⁹ e jurisprudência¹⁰⁶⁰, que todos os sócios

¹⁰⁵⁶ V. (a propósito das sociedades anónimas) PAULO OLAVO CUNHA, "Os novos direitos especiais: as ações especiais", cit., pp. 123, 125.

¹⁰⁵⁷ Além de *ações privilegiadas*, na terminologia tradicional, o teor do artigo 344.º-A do CSC, introduzido em 2015, parece permitir chamar-lhes agora também *ações preferenciais*: ELDA MARQUES, "As recentes alterações ao regime das ações preferenciais", cit., pp. 242-243.

¹⁰⁵⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 400 ss..

¹⁰⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Accionistas: concessão de crédito e igual tratamento", in JORGE MIRANDA (COORD.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 139, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., p. 620 (citando o caminho da jurisprudência nessa linha, com o comentário: "Estamos no Direito privado: tudo o que permita alijar interpretações deprimidas, que restrinjam, sem fundamento sério, a liberdade das partes, deve ser acolhido e incentivado"); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., pp. 249 ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 202; PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 26, n. 9; afirmámo-lo tb. de passagem em RUI PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", cit., p. 300. Em sentido diverso, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 313 ("(...) os direitos especiais não podem ser atribuídos à totalidade dos sócios, sem prejuízo da sua essência; mas pode suceder que sejam atribuídos a todos os sócios direitos que sejam apenas derogáveis com o respetivo consentimento"; do Autor v. tb. PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais*, cit., pp. 20 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, "Os novos direitos especiais: as ações especiais", cit., p. 116, em texto e n. 10; PAULO OLAVO CUNHA, "O Poder dos Sócios", in FÁBIO ULHOA COELHO / MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (COORD.), *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 203); ARMANDO TRIUNFANTE, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas — Direitos Individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 408; ARMANDO TRIUNFANTE, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas — Direitos de Minoria Qualificada — Abuso de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 147. CRISTIANO DIAS, *Os Direitos Especiais dos Sócios*, cit., se bem entendemos, nega a atribuição de um direito especial a todas as categorias de ações, porque "tem de haver uma diferenciação clara entre as ações que conferem direitos especiais e as restantes" (pp. 104-105, n. 267; desconsidera-se, todavia, que pode haver uma suficiente "diferenciação"

possam ser titulares do direito especial jurisdicional. À primeira vista, na medida em que a cláusula atributiva de jurisdição não tem que ser exterior à *esfera social*, podendo ser, como em *Powell Duffryn*, uma comum estipulação estatutária, poderia aparentemente causar desconforto à nossa posição a aceitação de que direitos especiais sejam reconhecidos a *todos* os sócios no momento da fundação da sociedade. Todavia, isso em nada põe em causa o que expendemos: uma tal atribuição significa que os sócios entenderam vincar o domínio das respetivas *esferas individuais* no confronto correlativo com a *esfera social*, e fizeram-no do modo que, legitimamente, lhes pareceu mais adequado a uma ampla salvaguarda dessa opção: a consagração formalmente estatutária, indispensável à sua eficácia como *direito especial*, já que "[s]ó por estipulação no contrato de sociedade podem ser criados direitos especiais de algum sócio" (artigo 24.º, n.º 1, do CSC). Teremos, nesse caso, uma tutela individual que se afirma, não em favor de uma minoria porventura *já existente*, mas sim em favor de cada um dos sócios que, em dado momento futuro, pode efetivamente vir a ser minoritário¹⁰⁶¹, mas terá a garantia de que, em momento algum, aquela sociedade poderá eficazmente alterar, *sem o seu*

quando por hipótese o contrato atribua o direito especial *x* a todas as ações e o direito especial *y* apenas às ações da categoria *A*), mas aceita essa atribuição a todos os sócios de sociedades em nome coletivo, em comandita simples e por quotas (pp. 105 ss.).

¹⁰⁶⁰ Vejam-se, entre outros, ainda à luz da LSQ, STJ, in BMJ, n.º 242 (1975), proc. n.º 064712, Relator: Acácio Carvalho (1974.12.20), pp. 322 ss.; TRLisboa, in BMJ, n.º 271 (1988), proc. n.º 0004643, Relator: Pinto Furtado (1988.04.19), pp. 96 ss.; TRPorto, proc. n.º 0734156, Relator: Pinto de Almeida (2007.10.25). No sentido oposto, pode ver-se TRPorto, in CJ, XXIV, I (1999), proc. n.º 0054392, Relator: Jorge Santos (1999.02.04), pp. 102-103. Aparentemente sem tomar posição (embora CRISTIANO DIAS, *Os Direitos Especiais dos Sócios*, cit., p. 90, os cite em favor do que intitula de "concepção restrita"), TRCoimbra, proc. n.º 2703/05.4TBMGR.C1, Relator: Barateiro Martins (2010.04.13), e TRCoimbra, proc. n.º 757/10.0T2AVR-A.C1, Relator: Barateiro Martins (2010.10.19) fazem apelo, na verdade, à distinção entre direitos *gerais* e *especiais*; mas em caso algum são inequívocos e, ademais, usam (embora sem citar) definições para aquela distinção quase decalcadas de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 196-197, Autor que, como vimos, subscreve a oposta "concepção ampla".

¹⁰⁶¹ Para uma análise historicamente situada do papel dos direitos especiais enquanto uma espécie de *mecanismo de perpetuação do poder da maioria*, projetando-se para um futuro em que não mais será a maioria (porque eram necessários "colossais recursos", em plena 2.ª revolução industrial, que inviabilizariam a concentração do capital) mas ainda assim poderia permanecer dominante, v. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., *maxime* pp. 192-193.

consentimento, a cláusula atributiva de jurisdição que foi configurada como direito especial.

Em terceiro lugar, questionar-se-á a posição dos membros dos órgãos sociais, que, não sendo partes no contrato de sociedade (na medida em que não sejam em simultâneo *sócios*, naturalmente), conhecem-no ou devem conhecê-lo: não pode deixar de ser assim, com vista ao cumprimento dos respetivos deveres de administrar ou fiscalizar.

Diríamos que, convocando o artigo 25.º de Bruxelas Ia e *Powell Duffryn*, não parece existir margem para que o administrador se furte à *vinculatividade* de uma típica estipulação jurisdicional estatutária¹⁰⁶², semelhante à que naquele caso existia. Se é certo que os membros dos órgãos sociais, enquanto tais, não têm a qualidade de *partes* (ou equiparável) no contrato de sociedade, não menos certo é que eles estão a este vinculados, tanto mais que uma sua eventual responsabilidade decorrerá, justamente, da "*preterição dos deveres legais ou contratuais*" a que estão adstritos¹⁰⁶³. Em decorrência natural do decidido em *Powell Duffryn*, pode entender-se que o administrador, ao aceitar a designação, estará a dar o seu consentimento tácito ao pacto de jurisdição societário — aqui enquanto cláusula materialmente estatutária, no mais estrito sentido, e não fundadora de quaisquer direitos especiais —, no pressuposto, naturalmente, de que essa cláusula incluía os litígios relativos à sua atuação (*maxime*, as questões de responsabilidade civil societária dela emergente).

Ainda com respeito aos administradores, poderia colocar-se a questão de saber se também estaria vinculado a uma semelhante cláusula estatutária jurisdicional o chamado

¹⁰⁶² Cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Suing Directors in International Litigation", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRS.G.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band I, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, III, n.º 3, em que o Professor de Barcelona começa por explicitar algumas dúvidas que podem ser levantadas, mas é, *a final* afirmativo, após a convocação de *Powell Duffryn*. No mesmo passo, identifica também a hipótese menos problemática: aquela em que há um acordo escrito, "num documento assinado pelo administrador e um representante da sociedade" (*id.*, *ibid.*).

¹⁰⁶³ Art. 72.º, n.º 1, do CSC, quanto aos membros da administração, para que remete ainda o art. 81.º, no que respeita aos membros de órgãos de fiscalização.

administrador de facto, isto é, o sujeito que, "sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade"¹⁰⁶⁴. Primeiro, há que reconhecer a existência de variadas construções suscetíveis de conduzir a uma qualificação enquanto *administrador de facto*. A mais fácil de resolver é, claramente, aquela em que o sujeito deixa de ser *de iure* administrador porque caducou o título de designação, legitimador do exercício das funções, sem que tenha deixado de continuar a exercê-las após o termo do período para que foi designado¹⁰⁶⁵. Aí, um rápido paralelismo com a jurisprudência *Iveco Fiat* do Tribunal de Justiça resolve a questão na raiz: recordemos que, nessa espécie, se tratava de um contrato escrito em que, de acordo com o seu clausulado, a "prorrogação" ou renovação só poderia ter lugar também por escrito, mas que na prática "continuou a constituir o fundamento jurídico das relações contratuais entre as partes"¹⁰⁶⁶. O Tribunal de Justiça reconheceu, em suma, duas alternativas: a cláusula permanece válida e

¹⁰⁶⁴ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.^a ed., IDET, Cadernos, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 101. V. ainda JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores – (Notas sobre o Art. 379.º do Código do Trabalho)", in *Miscelâneas, IDET, n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 40 ss.; RICARDO COSTA, "Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto", in *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 23 ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 457 ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, "Conflitos de Interesses entre Accionistas nos Negócios Celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Accionista Controlador", in PAULO CÂMARA ET AL., *Conflitos de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 152 ss.; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto*, cit., *passim*; a propósito do domínio qualificado, cfr. ainda JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Diálogos com a jurisprudência, II — Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica", in *DSR*, vol. 3, 2010, pp. 63-64; tb. em contexto de grupos, v. ainda ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade — Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 554 ss.; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Administração de facto: Do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial", in PAULO CÂMARA ET AL., *A Designação de Administradores*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 227 ss.. Noutros quadrantes, mas com manifesta influência na doutrina lusa, v. designadamente NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998, esp. pp. 223 ss., NICCOLÒ ABRIANI, "Riforma del diritto societario e responsabilità dell'amministratore di fatto: verso una nozione unitaria dell'istituto?", in *Le Società*, 2000, pp. 212 ss.; ou HOLGER FLEISCHER, "Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe", in *AG*, Heft 10, 2004, pp. 517 ss..

¹⁰⁶⁵ Cfr. sobre o tema RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto*, cit., pp. 325 ss..

¹⁰⁶⁶ TJUE, *Iveco Fiat*, 1986.11.11, cit., n.º 2. Sobre o acórdão, v. *supra*, n. 633.

aplicável aos contratos renovados quando a lei aplicável à substância do contrato permita "prorrogar validamente o contrato inicial, sem observância da forma escrita"; ou, caso essa lei tal não permita, quando haja confirmação escrita a que se não opôs a contraparte, tendo em vista a satisfação dos requisitos de forma do atual artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia. Pois bem: mesmo que, num dado caso, existam dificuldades em preencher estes últimos requisitos de forma, a primeira alternativa afigura-se bem azada a abranger as hipóteses mais comuns, uma vez que os preceitos de que falamos não parecem integrar o "catálogo de normas que pressupõe a aptidão formal do sujeito que exerce a administração", mas sim um outro "em que prevalece o aspecto substancial da administração ou do estatuto do administrador"¹⁰⁶⁷. Em certa analogia com essa jurisprudência, também na nossa hipótese o sujeito faz uma "tácita retoma" do "contrato inicial", aqui emergente da sua inicial designação como membro do órgão social, continuando ulteriormente a usar como referência esse "contrato inicial" anteriormente celebrado, em que os estatutos desempenham o conhecido papel conformador das relações sociais. Pelo que, parece-nos, não haverá dificuldades em daí extrair também a manutenção do consentimento relativamente à cláusula atributiva de jurisdição. Já em outras hipóteses, aliás muito variadas, em que é uma construção menos imediata que subjaz à tentativa de qualificar um determinado sujeito enquanto administrador de facto, como por exemplo na hipótese de uma sociedade que exerça um controlo ou *domínio qualificado* sobre a sociedade dependente¹⁰⁶⁸, dentro ou fora de uma relação de grupo nos termos do Título VI do CSC, as dificuldades em determinar a posição do administrador de facto perante a cláusula jurisdicional estatutária pode crescer consideravelmente. Com

¹⁰⁶⁷ RICARDO COSTA, "Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto", cit., p. 41 (onde aliás se identifica já, com interesse para o que dissemos em texto, a obrigação "de não infringir as cláusulas do contrato social (...)"); v. ainda JOSÉ FERREIRA GOMES, "Conflitos de Interesses entre Accionistas", cit., p. 156; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto*, cit., pp. 881 ss..

¹⁰⁶⁸ Nesse sentido, v. sobretudo JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Diálogos com a jurisprudência, II", cit., pp. 63-64; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto*, cit., *maxime* pp. 276 ss.; desfavorável, cfr. por último ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Administração de facto: Do conceito geral à sua aplicação aos grupos", cit., pp. 231 ss..

a ressalva, porém, da mais simples hipótese de a própria sociedade dominante ser qualificável como administradora de facto, "na sombra", da dependente¹⁰⁶⁹: nesse caso, a sua concomitante qualidade de *sócia* da dependente conduz à vinculação inequívoca da dominante aos estatutos, *enquanto sócia*, pelo que o exercício perde autonomia e relevância.

4.4. Cláusulas «assimétricas» ou «unidirecionais» e «corporate control of forum clauses»

Em sentido inverso ao que abordámos em segundo lugar no ponto que imediatamente precede — isto é, a atribuição do *direito especial jurisdicional a todos os sócios* —, coloquemos agora a questão: haverá obstáculos normativos à admissibilidade de um tal direito que, diferentemente desse caso, seja atribuído *tão-só a um sócio*, ou *a um conjunto* não totalitário de sócios? Não é difícil imaginar a utilidade prática de um tal mecanismo. Basta pensar no sócio-investidor estrangeiro que pretende tomar parte na empresa e, para o efeito, "entrar no capital" da sociedade empresária: pode bem suceder que, no concreto contexto negocial, seja colocada a condição de serem submetidos todos os litígios intrassocietários¹⁰⁷⁰ ao tribunal do domicílio desse investidor, ou outro escolhido por sua iniciativa e interesse.

Estaríamos nessa hipótese perante um pacto de jurisdição *assimétrico*, no sentido em que vincula vários sujeitos, sem todavia lhes atribuir idênticos direitos e obrigações. Mais uma vez, socorrendo-nos da análise jurisdicional geral, à luz de Bruxelas Ia, não encontramos obstáculos de princípio a uma tal assimetria. Desde a Convenção de Bruxelas de 1968 que é admitida a celebração de um pacto de jurisdição em favor de

¹⁰⁶⁹ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Diálogos com a jurisprudência, II", cit., p. 64.

¹⁰⁷⁰ Com exclusão, já sabemos, dos que estão sujeitos a competências internacionais exclusivas (art. 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia).

apenas uma das partes, em que um dos contraentes é limitado nas suas alternativas jurisdicionais, ao passo que a sua contraparte mantém o poder de demandar em qualquer outro tribunal internacionalmente competente à luz das regras objetivas da Convenção. Era o que resultava expressamente, desde a redação originária de 1968, a partir do inicial parágrafo terceiro do artigo 17.º; um preceito que veio a desaparecer com o Regulamento de 2000, não por se pretender limitar ou excluir uma tal assimetria, mas sim porque a regra comportava uma considerável incerteza no momento de interpretá-la, em face da dificuldade que surgia ao determinar se, de facto, eram apenas os interesses de uma ou de outra parte que eram servidos pelo pacto assimétrico¹⁰⁷¹. Em Bruxelas Ia, mantém-se o silêncio da letra regulamentar; e parece dever entender-se hoje que a *assimetria* ou *unidirecionalidade* não tem por que, à partida, considerar-se desconforme com os objetivos do artigo 25.º de Bruxelas Ia ou do Regulamento no seu conjunto, sendo, por conseguinte, admissível¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ V. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 148; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 157. À luz daquele preceito, o Tribunal de Justiça pronunciou-se em *Anterist* para resolver uma dessas incertezas, interpretando o artigo 17.º da Convenção de Bruxelas no sentido de que não é o simples facto de se ter escolhido o tribunal do domicílio de uma das partes que, por si só, funda a conclusão de que a escolha foi *em benefício de uma das partes*, "tendo em conta a multiplicidade dos motivos que puderam inspirar tal estipulação"; antes será de exigir "que a vontade comum de beneficiar uma das partes resulte claramente, quer dos termos da cláusula, quer do conjunto dos indícios resultantes do contrato ou das circunstâncias que rodearam a sua celebração": TJUE, *Anterist*, 1986.06.24, cit., n.ºs 16, 14.

¹⁰⁷² Assim ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 149; FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Article 25", cit., n.º 9.85; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 157; ROBERT FREITAG, "Halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter der Brüssel I-VO", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, pp. 419 ss.; DEYAN DRAGUIEV, "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", in *J.Int.Arb.*, Vol. 31, no. 1, 2014, pp. 37 ss.; RICHARD FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., n.ºs 2.123 ss.. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.190, descreve a tradição jurisprudencial inglesa amplamente favorável a tais *lop-sided agreements* (sobre essa tradição, v. ainda DEYAN DRAGUIEV, "Unilateral Jurisdiction Clauses", cit., p. 26), em contraponto com a recente decisão da *Cour de Cassation* francesa em *Rothschild* (*Cour de cassation (1re Ch. civ.)*, *Banque privée Edmond de Rothschild Europe v. X*, Arrêt n.º 983 (11-26.022) (2012.09.26)); o discurso de BRIGGS é crítico desta última mas manifestamente cuidadoso, pelo que transcrevemos no original: "At first sight this is hard to understand, as the customer had agreed in writing to proceed only in the courts of a single Member State, and the decision gave rise to significant concern. On the other hand, it may be contended that Article 25 makes provision for agreements which designate the

Na hipótese considerada, interligam-se novamente as exigências *societárias* e *jurisdicionais*. Como acabámos de ver, estas últimas não se opõem à assimetria de *direitos* e *obrigações* jurisdicionais. Importa, contudo, determinar em que termos se qualificam tais cláusulas à luz do direito societário português. Se a assimetria distingue as posições dos sócios, de um lado, e a da sociedade, de outro, pouco haverá que duvidar: os sócios instituem a sociedade e são senhores, dentro das limitações gerais conhecidas, da regulação dos termos da respetiva relação com a sociedade. Mas, na medida em que se separem *uns sócios*, de um lado, e *outros sócios*, de outro, a assimetria consubstancia-se, ao fim e ao cabo, na atribuição de uma "posição privilegiada"¹⁰⁷³ àqueles sócios que, na assimetria jurisdicional, são favorecidos. Estaremos, então, perante um *direito especial*, a sujeitar-se, por conseguinte, ao regime a que acima fizemos referência.

courts of a Member State, and that whatever else the clause did, it designated much more than the courts of a single Member State. It is now arguable, even if the argument is not welcome, that Article 25 represents the outer limit of what party autonomy is allowed to do, and that jurisdiction agreements in which one party is allowed to sue wherever he wishes overreach themselves and fail accordingly". Com efeito, o citado acórdão da *Cassation*, no centro de uma generalizada crítica (comum, com variantes, aos textos agora citados), não aceitou dar provimento à invocação pelo banco sediado no Luxemburgo, contra a sua cliente francesa demandante, de uma cláusula atributiva de jurisdição que tinha o seguinte teor, no original em francês: "*Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède*". O tribunal superior francês, como aponta HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 157, parece ter-se obnubilado (sob a perspectiva da mais sã aplicação dos comandos jurídicos bruxelenses) por "uma circunstância factual", a saber, que "o litígio opunha um banco a um simples particular"; no que já foi qualificado como uma implícita admissão (e assim atendibilidade) do carácter *abusivo* da cláusula (cfr. *id.*, *ibid.*, n. 144), muito embora formalmente não se tratasse de uma *relação de consumo* ou qualquer outro dos casos em que o Regulamento europeu prescreve *regras jurisdicionais protetoras*. Mas o acórdão de 2012 da *Cassation* teve já sucessor em 2015, no mesmo sentido, em caso que opunha agora um banco suíço (*Credit Suisse*) a uma sociedade francesa, que, em termos similares (no original: "*l'emprunteur reconnaît que le for exclusif pour toute procédure est Zurich ou au lieu de la succursale de la banque où la relation est établie*"; e "*la banque est toutefois en droit d'ouvrir action contre l'emprunteur devant tout autre tribunal compétent*"), ficava limitada a exclusivamente demandar em Zurique, agora à luz da aplicação da Convenção de Lugano de 2007: cfr. Cour de cassation (1re Ch. civ.), (13-27.264) (2015.03.25). Em comum a estes casos, há de admitir-se, são-nos dadas cláusulas cuja redação não é a mais cuidada, na perspectiva da garantia da sua admissibilidade e validade: porventura uma mais particularizada mas simples alusão aos *toutes autres tribunaux compétentes* para cada caso seria suficiente para "desinsuflar" as objeções de imprevisibilidade e insegurança que nos casos parecem ter desempenhado papel relevante.

¹⁰⁷³ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., p. 197.

Adiante-se, por fim, que, à luz do novo teor do artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, podem surgir dificuldades na articulação entre uma cláusula assimétrica e a prioridade ali atribuída ao *forum prorogatum*, que todavia pressupõe uma atribuição convencional de competência *exclusiva*, e não meramente facultativa, a esse foro¹⁰⁷⁴. Desde logo, é questionável se pode, sequer, ser invocada a regra do artigo 31.º, n.º 2, na medida em que a cláusula assimétrica não é estritamente exclusiva: à vinculação de uma das partes à demanda em um único tribunal, nessa medida fundadora de *exclusividade*, de um lado, corresponde todavia, do outro lado, a faculdade de optar por um de dois ou mais *fora* alternativamente convencionados, ou mesmo, na sua ausência, a sujeição às comuns e objetivas regras de jurisdição. Pois bem: se neste segundo lado não há fundamento para invocar o artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, já naquele primeiro a cláusula é efetivamente exclusiva, pelo que não vemos obstáculo a um *dépeçage* do seu tratamento normativo, à luz da teleologia do aludido preceito — designadamente, a valorização da autonomia privada atuada na celebração de pactos de jurisdição e a concomitante neutralização de "*táticas de litigação abusivas*"¹⁰⁷⁵ ou *torpedeantes*. Significa isto que, se a parte convencionalmente vinculada à exclusiva demanda em um determinado foro intraeuropeu propuser ação noutra tribunal de um Estado-membro, este último terá que "*suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente por força do mesmo*"¹⁰⁷⁶.

Uma feição particular de uma cláusula jurisdicional assimétrica é a que, tomando de empréstimo o termo cunhado pelas partes num litígio estadunidense, decidido em

¹⁰⁷⁴ Cfr. ROBERT FREITAG, "Halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen", cit., pp. 430-431.

¹⁰⁷⁵ Considerando n.º 22 de Bruxelas Ia.

¹⁰⁷⁶ Cfr. *supra*, texto correspondente às nn. 353 e 910.

2013, *Boilermakers v. Chevron*¹⁰⁷⁷, poderíamos chamar de *corporate control of forum clause*.

Imaginemos que a cláusula jurisdicional estatutária, imediatamente antes da designação de um concreto tribunal como competente, prevê: "*Salvo se a sociedade concordar por escrito na atribuição de competência a outro tribunal, (...)*"¹⁰⁷⁸.

Repare-se como um dos efeitos desta cláusula é o de que aqueles que estão vinculados à cláusula jurisdicional terão de, em alternativa, ater-se ao seu cumprimento e demandar no foro assim designado, ou então solicitar a concordância da sociedade – em princípio representada pelos administradores para o efeito – para demandar noutro foro. Estabelecer-se-ia, pois, a necessidade de uma espécie de *pre-suit request*¹⁰⁷⁹, que, numa primeira leitura, pareceria mais não ser do que transformar esta cláusula numa espécie de acordo instituidor de uma competência meramente *concorrente*, e não *exclusiva*. Mas, na verdade, ela teria efeitos algo diversos, uma vez que uma tal negociação teria lugar *tão-só*

¹⁰⁷⁷ Del. Ch., *Boilermakers Local 154 Retirement Fund et al. v. Chevron Corporation et al.*, 73 A.3d 934 (2013.06.25).

¹⁰⁷⁸ Era o caso em Del. Ch., *Boilermakers v. Chevron*, 2013.06.25, cit., sendo o seguinte o teor completo da cláusula inicial, inserida em 29.9.2010: "*Unless the Corporation consents in writing to the selection of an alternative forum, the Court of Chancery of the State of Delaware shall be the sole and exclusive forum for (i) any derivative action or proceeding brought on behalf of the Corporation, (ii) any action asserting a claim of breach of a fiduciary duty owed by any director, officer or other employee of the Corporation to the Corporation or the Corporation's stockholders, (iii) any action asserting a claim arising pursuant to any provision of the Delaware General Corporation Law, or (iv) any action asserting a claim governed by the internal affairs doctrine. Any person or entity purchasing or otherwise acquiring any interest in shares of capital stock of the Corporation shall be deemed to have notice of and consented to the provisions of this [bylaw]*". A cláusula foi modificada em 28.3.2012, com o intuito de esclarecer a competência de qualquer tribunal do Delaware, estadual ou federal, e a pressuposição de que esse tribunal tem à partida *personal jurisdiction* sobre os demandados *indispensáveis* à lide, pelo que a referência ao *Court of Chancery* foi substituída por: "*a state or federal court located within the state of Delaware, in all cases subject to the court's having personal jurisdiction over the indispensable parties named as defendants*". Cfr. ainda a petição inicial, obtida através de http://newsandinsight.thomsonreuters.com/uploadedFiles/Reuters_Content/2012/02_-_February/BoilermakersLocal154_Danaher.pdf (por último acedido em 25.8.2015), p. 6, n.º 35. Neste caso, segundo aí mesmo se escreve, ao dizer-se "*the Corporation*", está na realidade a dizer-se "*the Board*". A argumentação é literalmente idêntica à de outra ação proposta pelos mesmos acionistas/ativistas contra a sociedade *Priceline Incorporated*: http://newsandinsight.thomsonreuters.com/uploadedFiles/Reuters_Content/2012/02_-_February/pricelineforumselection.pdf (por último acedido em 25.8.2015).

¹⁰⁷⁹ V. a petição inicial citada, p. 6., n.º 38.

entre o litigante que pretende propor a ação e a sociedade a demandar, e não entre todos os sujeitos subscritores (ou de outro modo vinculados pelos estatutos)¹⁰⁸⁰.

O acórdão foi favorável à validade da cláusula, afirmando jurisprudência superior classicamente favorável aos acordos de escolha de foro em geral¹⁰⁸¹, e não duvidando da competência que, para o societarista europeu será porventura surpreendente, é reconhecida aos *directors* para livremente introduzirem ou modificarem uma tal cláusula nos *bylaws*, graças a uma autorização que o § 109(a) da *Delaware General Corporation Law* admite ser estatutariamente consagrada, e que na prática é sempre conferida, ainda que com a salvaguarda de que uma tal *competência de modelação estatutária* é *concorrente* e nunca *exclusiva*¹⁰⁸².

Estas *particularidades jurídico-societárias*, neste caso do direito do Delaware (comuns, ainda que noutra medida, a muitos outros direitos societários estaduais que se integram sob a mesma federação estadunidense)¹⁰⁸³, são justificação bastante para duvidarmos fortemente da compatibilidade de uma semelhante cláusula perante Bruxelas Ia e o direito societário português. A cláusula pressupõe um *controlo jurisdicional* da demanda *nas mãos dos administradores*, que pode bem justificar-se quando a estes é reconhecido um tão amplo papel modelador das regras conformadoras das relações

¹⁰⁸⁰ *Id.*, p. 6, n.º 39.

¹⁰⁸¹ SCOTUS, *The Bremen v. Zapata*, 1972, cit..

¹⁰⁸² O teor da al. (a) do § 109 da DGCL (de epígrafe *Bylaws*) é o seguinte, relevando neste contexto, essencialmente, os dois últimos períodos, que sublinhamos: "The original or other bylaws of a corporation may be adopted, amended or repealed by the incorporators, by the initial directors of a corporation other than a nonstock corporation or initial members of the governing body of a nonstock corporation if they were named in the certificate of incorporation, or, before a corporation other than a nonstock corporation has received any payment for any of its stock, by its board of directors. After a corporation other than a nonstock corporation has received any payment for any of its stock, the power to adopt, amend or repeal bylaws shall be in the stockholders entitled to vote. In the case of a nonstock corporation, the power to adopt, amend or repeal bylaws shall be in its members entitled to vote. *Notwithstanding the foregoing, any corporation may, in its certificate of incorporation, confer the power to adopt, amend or repeal bylaws upon the directors or, in the case of a nonstock corporation, upon its governing body. The fact that such power has been so conferred upon the directors or governing body, as the case may be, shall not divest the stockholders or members of the power, nor limit their power to adopt, amend or repeal bylaws.*"

¹⁰⁸³ Veja-se o *Model Business Corporation Act*, com especial atenção aos §§ 10.03 (*Amendment by Board of Directors and Shareholders*) e 10.05 (*Amendment by Board of Directors*).

sociais, como no Delaware, mas não tem possível arrimo legal num contexto normativo em que tão-somente aos sócios se reserva semelhante papel. Apenas logramos ir tão longe quanto aceitar que, *perante um litígio atual*, em que o sócio pretenda demandar a sociedade em foro diverso daquele que foi estatutariamente estipulado, numa matéria coberta por essa estipulação, o órgão de administração, em representação da sociedade, aceite prosseguir a lide nesse foro, na estrita medida em que essa atuação seja justificada ou mesmo imposta pelos seus *deveres legais gerais*¹⁰⁸⁴, que assim concretamente expliquem a necessidade ou conveniência de desatenderem ao *dever contratual* ou *estatutário* que se consubstancia no normalmente necessário cumprimento da cláusula jurisdicional estatutária¹⁰⁸⁵. Tecnicamente, de um ponto de vista jurisdicional, esta atuação não comporta dificuldades: bastará que a sociedade, comparecendo no foro diverso do *forum prorogatum*, não exceção com base na falta de competência internacional do tribunal demandado, nem tão-pouco proponha outra ação junto do *forum prorogatum*, e simplesmente *se submeta tacitamente* à jurisdição daquele tribunal, nos termos do artigo 26.º de Bruxelas Ia. Esta abertura, porém, não deixa de semear os seus perigos: basta pensarmos na existência de relações próximas entre certos administradores e sócios, que conduza, na prática, a que aqueles não se oponham ao prosseguimento da lide, proposta por estes no foro não escolhido, não em atenção ao interesse social, mas sim ao interesse particular daqueles sócios, não coincidente com aquele. Por conseguinte,

¹⁰⁸⁴ No contexto do Delaware, teríamos apoio para esta opinião em Del. Ch., *Boilermakers v. Chevron*, 2013.06.25, cit., onde se pode ler, entre outros passos: "*as with all exercises of fiduciary authority, the real-world application of a forum selection bylaw can be challenged as an inequitable breach of fiduciary duty*". Na base desta doutrina geral, aí aplicada aos *forum selection bylaws*, está o pioneiro acórdão do Supreme Court of Delaware, *Andrew H. Schnell, Jr., and Jack Safer v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 285 A.2d 437 (1971.11.29), onde se lê, a propósito de um interessante litígio sobre a impugnação, por acionistas, de um adiantamento da data previamente fixada para a realização da assembleia geral anual: "*Management contends that it has complied strictly with the provisions of the new Delaware Corporation Law in changing the by-law date. The answer to that contention, of course, is that inequitable action does not become permissible simply because it is legally possible*".

¹⁰⁸⁵ Sobre estes deveres, em geral, veja-se JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pp. 9 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 850 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 498 ss..

para uma mais elevada proteção da escolha jurisdicional, e não parecendo haver como afastar liminarmente a aplicabilidade do artigo 26.º de Bruxelas Ia a uma comparência dos administradores em nome da sociedade, parece-nos adequada, para além dos mecanismos gerais de responsabilização civil societária, a previsão de sanções indemnizatórias aos administradores inadimplentes daquela cláusula estatutária, que podem tomar a forma de uma cláusula penal, acionável em face do incumprimento do pacto de jurisdição societário¹⁰⁸⁶.

Voltando, para terminar, ao caso do Delaware, importa referir que nele se baseia uma alteração da *Delaware General Corporation Law*, por via da *Senate Bill* n.º 75, de 29 de abril de 2015, assinada pelo Governador do Delaware em 24 de junho de 2015¹⁰⁸⁷, que introduz um novo § 115 da DGCL, com a epígrafe "*Forum selection provisions*" e o seguinte teor:

The certificate of incorporation or the bylaws may require, consistent with applicable jurisdictional requirements, that any or all internal corporate claims shall be brought solely and exclusively in any or all of the courts in this State, and no provision of the certificate of incorporation or the bylaws may prohibit bringing such claims in the courts of this State. "Internal corporate claims" means claims, including claims in the right of the corporation, (i) that are based upon a violation of a duty by a current or former director or officer or stockholder in such capacity, or (ii) as to which this title confers jurisdiction upon the Court of Chancery.

Na sinopse¹⁰⁸⁸ que acompanha a *Bill* do Senado estadual do Delaware, é feita expressa alusão concordante a *Boilermakers v. Chevron*, manifestando-se o intuito de assim codificar a regra de que é admissível a cláusula de escolha dos tribunais (estaduais

¹⁰⁸⁶ Sobre a sua admissibilidade, v. ainda *infra*, pp. 504 ss..

¹⁰⁸⁷ Cfr. <http://legis.delaware.gov/LIS/lis148.nsf/vwLegislation/SB+75?Opendocument>, por último acedido em 27.8.2015. Nesse momento, não constava ainda a informação acerca da data da entrada em vigor do diploma.

¹⁰⁸⁸ Acessível através da ligação indicada na n. anterior e que seguimos de perto.

ou federais) do Delaware como foro exclusivo para todas as *internal corporate claims*, e de que é proibida a inserção de cláusula no sentido oposto de que o acesso aos tribunais do Delaware para tais litígios fica vedado, uma vez se trate de sociedade incorporada no Delaware e assim sujeita ao seu direito. A nova regra não pretende tratar a questão da validade de estipulações estatutárias¹⁰⁸⁹ que escolham *outros tribunais*, que não os do Delaware, enquanto *foros adicionais* para os litígios intrassocietários. Mas invalida a estipulação que, designando como competentes tais outros tribunais, ou mesmo um foro arbitral, precluda o recurso aos tribunais do Delaware naquelas matérias. O diploma oficial não deixa ainda de clarificar que o preceito "*não pretende impedir a avaliação sobre se os termos específicos e o modo de adoção de uma particular disposição autorizada pela Secção 115 são compatíveis com as relevantes obrigações fiduciárias ou se ela opera razoavelmente nas circunstâncias apresentadas*", dando-se como exemplo que uma tal estipulação poderá ser inadmissível se aos tribunais do Delaware for, por esse meio, precluída jurisdição sobre "*indispensable parties or core elements of the subject matter of the litigation*".

4.5. Razão de ordem: dos «limites externos» aos «limites internos» ao poder da maioria

Se recuperarmos o que, historicamente, foi o desenvolvimento da proteção da posição do sócio frente ao poder da maioria, que, na esfera social, é por regra decisivo, verificamos que a afirmação, de que fomos fazendo eco, de uma *esfera individual* ou

¹⁰⁸⁹ Estamos a simplificar com a qualificação *estatutária* as menções expressas a *certificate of incorporation* e a *bylaws*. A propósito da tradição inglesa, mas que é também a realidade estadunidense, de separação em dois documentos distintos, cfr. breve nota em RUI PINTO DUARTE, "(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades", cit., p. 17, n. 20. Dando conta de uma discussão em Inglaterra sobre a sua substituição por apenas um documento, e esquiçando as exigências relativas aos respetivos conteúdos, cfr. MADS ANDENAS / FRANK WOOLDRIDGE, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge et al., 2009, pp. 55 ss..

extracorporativa do sócio, ancorada num espaço de *contratualidade* e por isso subtraída às águas do *mar da socialidade*¹⁰⁹⁰, corporiza uma tutela jurídica da posição do sócio de veras útil¹⁰⁹¹, mas que encontra as suas limitações no constrangimento do poder maioritário no que diz respeito a *sobre o que decidir*, e não também a *o que decidir*.

Isto é, aquela primeira construção tuteladora do sócio não impõe "nenhum limite ao conteúdo (nem ao processo de formação) das decisões" que permanecem sob a esfera de atuação maioritária¹⁰⁹². Por isso se desenvolveram, após os *limites externos* a que se referem as teorias dos direitos individuais, "limites *intrínsecos* ao poder da maioria": estes "viriam só mais tarde, de uma forma expressa e directa, com a tutela pelo *abuso de direito* e a conseqüente invalidade das chamadas deliberações abusivas", bem como "com a afirmação de um dever de lealdade" que impende sobre os sócios¹⁰⁹³.

Como se pode ver, esta contextualização histórica do desenvolvimento do direito das sociedades é de valia para a arrumação dos questionamentos que aqui apresentamos, bem como para o enquadramento das soluções que propomos. É assim que, depois de nos termos apoiado na compreensão do *princípio maioritário*, ligado às características da *estipulação estatutária*, com vista a definir o sentido e o alcance da jurisprudência europeia sobre os pactos de jurisdição no contexto das sociedades, partimos de seguida para a indagação sobre o modo como a tutela jurisdicional do sócio deve continuar a ser

¹⁰⁹⁰ Usamos de novo a imagem de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., p. 250.

¹⁰⁹¹ Cfr., historicamente, WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, C. H. Beck, München, Berlin, 1963, p. 109, identificando os *Sonderrechte* como ponto de partida para a limitação do poder da maioria, construídos como uma "*esfera livre da corporação*", e assim não sujeita ao poder coletivo; v. tb. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1958, pp. 9 ss., e, para uma colocação do problema da relação entre os direitos especiais e o poder da maioria, ainda em oitocentos, KARL LEHMANN, "Einzelrecht und Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft", in *Archiv für bürgerliches Recht*, 1894, 1894, pp. 297 ss., seguido de perto tb. em KARL LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Zweiter Band, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1904, pp. 202 ss..

¹⁰⁹² PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 185.

¹⁰⁹³ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., p. 199, continuando ainda a afirmação como segue: "(...) mas também, de forma *menos explícita* e *menos directa*, através de determinadas concepções do interesse social, que sustentaram a afirmação de limites intrínsecos ao exercício do direito de voto por cada accionista" (*id.*, *ibid.*). Cfr. ainda JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 264 ss..

construída, agora com o enfoque sobre a atuação de instrumentos assimiláveis àqueles *limites intrínsecos* a que aludimos.

5. O controlo do exercício abusivo

5.1. Colocação do problema

Deixámos assinalada, no capítulo anterior¹⁰⁹⁴, a discussão sobre a admissibilidade de alguma forma de controlo da invocação ou exercício abusivo de uma cláusula atributiva de jurisdição. Como aí indicado, a resposta era tradicionalmente negativa, no quadro geral das regras de Bruxelas. Mas vão crescendo os apelos no sentido do reconhecimento de um controlo antiabuso de fonte jurídico-europeia. Pois bem: no curso da nossa indagação, é chegada a ocasião de atentar nos entrecruzamentos entre os planos societário e jurisdicional na aferição da admissibilidade e dos termos de um tal controlo, em face do modo como fomos entretanto desenhando mais alguns contornos do funcionamento das regras de Bruxelas Ia, bem como do seu confronto com as exigências do direito das sociedades nacional.

Uma desambiguação terminológica inicial aconselha-se. Quando aqui nos referimos ao *exercício abusivo*¹⁰⁹⁵ de um *direito* ou, em geral, de uma *prerrogativa*

¹⁰⁹⁴ V. *supra*, pp. 247 ss..

¹⁰⁹⁵ Usando a expressão "exercício abusivo", cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral* — Vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 547; e já ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto— questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 523-524, assim define o *abuso de direito*: "Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica — por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde — e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que *juridicamente* se deverá entender por exercício abusivo de um direito". No critério proposto por JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., há abuso de direito "quando um comportamento, aparentando ser exercício de um

*privada*¹⁰⁹⁶ baseada em uma cláusula atributiva de jurisdição, estamos, como é suposto no contexto jurídico-europeu, a fazer apelo a uma *noção autónoma*, sem arrimo direto ou imediato numa qualquer construção dogmática do *abuso de direito* ou de *figuras próximas* em um dos diversos direitos materiais nacionais. Ocupamo-nos, sim, de surpreender os traços definidores de um exercício abusivo jurisdicionalmente relevante, num contexto societário; o que evidentemente explica a necessidade de uma construção que se desprenda, sem ignorá-los, dos particularismos nacionais. Por esse motivo, é particularmente bem-vinda uma análise como a de Jürgen BASEDOW, dedicada à compreensão da proibição do *abuso de direito* (*Rechtsmissbrauch*) e da *fraude à lei* (*Gesetzesumgehung, fraude à la loi, evasion of law*¹⁰⁹⁷) no direito privado europeu¹⁰⁹⁸.

Desde logo, veja-se como a advertência que acabamos de fazer tem aí uma manifestação: na verdade, ainda que num estágio ulterior possa vir a favorecer-se uma maior precisão¹⁰⁹⁹, não são hoje claramente delimitáveis, na jurisprudência ou no direito secundário europeus, as figuras assimiláveis ao *abuso de direito* e à *fraude à lei*, que no

direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem" (p. 43).

¹⁰⁹⁶ Com efeito, não apenas os *direitos subjetivos* no sentido mais estrito são o possível objeto do exercício abusivo, e assim *ilegítimo*: cfr. já ADRIANO VAZ SERRA, "Anotação ao Acórdão do STJ de 17 de Junho de 1969", in *RLJ*, Ano 103.º, n.º 3434, 1970-1971, pp. 462-463, n. 3; FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1973, p. 552; ANTÓNIO FERRER CORREIA / VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, "Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal (A propósito de uma hipótese típica)", in *RDE*, Ano V, 1979, p. 11; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., pp. 68, 75.

¹⁰⁹⁷ A tradução poderia não ser inequívoca, mas temos o autorizado respaldo da sinonímia entre estas três noções assumida por JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 283 (a que se acrescenta *fraus legis*, em JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., p. 159).

¹⁰⁹⁸ JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., 159 ss..

¹⁰⁹⁹ Assim JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., p. 186; v. tb., procedendo já a diferenciações, WOLFGANG SCHÖN, "Der "Rechtsmissbrauch" im Europäischen Gesellschaftsrecht", in ROLF WANK / HERIBERT HIRTE / KASPAR FREY / HOLGER FLEISCHER / GREGOR THÜSING (HRSG.), *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, pp. 1277 ss..

direito interno português são claramente distinguidas¹¹⁰⁰. Desde os primeiros arestos em que a noção foi sendo articulada, cumularam-se, numa só expressão, *comportamentos abusivos ou fraudulentos*¹¹⁰¹, e a nossa indagação tão-pouco pressupõe ou exige uma destrinça. Ademais, a dificuldade que frequentemente existe na identificação de supostos puramente fraudulentos, que assim mereceriam indubitavelmente o desvalor da ordem jurídica europeia, por contraponto a situações em que, a par de atividades e intuitos fraudulentos, se põem em prática legítimos interesses dos particulares, nos quais aquela

¹¹⁰⁰ V., para uma breve delimitação, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., pp. 84-85: "Com efeito, e encurtando razões, este [o acto abusivo] parece ser o exercício dum direito, parece o cumprimento da norma — e apenas dela — em que o direito se prevê. Por sua vez, nos actos fraudulentos há a assinalar a norma cuja proibição é violada e uma outra com que se pretende encobrir essa violação"; v. ainda, no contexto das deliberações sociais abusivas, REGINA REDINHA, "Deliberações sociais abusivas", in *RDE*, Ano X/XI, 1984/1985, pp. 198 ss.. Sobre a norma-objeto ou norma fraudada e a norma-instrumento na fraude à lei, numa aplicação aos conflitos de leis, v. por todos JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, cit., pp. 273 ss.. Com breve menção à distinção entre abuso e fraude nas ordens jurídicas francesa e espanhola, bem como a uma criticada mas mantida *Einheitslösung* suíça, cfr. HOLGER FLEISCHER, "Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht", in *JZ*, 58. Jahrgang, n.º 18, 2003, p. 870.

¹¹⁰¹ TJUE, *Brennet AG v. Vittorio Paletta*, C-206/94 (1996.05.02), n.º 2 do dispositivo e n.º 24, com referências jurisprudenciais mais antigas, desde logo TJUE, *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74 (1974.12.03), relativo à liberdade de prestação de serviços, mas onde se não podia ainda encontrar esta expressa alusão ao abuso ou fraude; TJUE, *Alexandros Kefalas et al. v. Estado Helénico, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, C-367/96 (1998.05.12), n.º 20; TJUE, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97 (1999.03.09), n.º 24; TJUE, *Dionysios Diamantis v. Estado Helénico, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, C-373/97 (2000.03.23), n.º 33 (estes dois últimos com o particular interesse de tratarem matéria de direito das sociedades); TJUE, *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-110/99 (2000.12.14), *maxime* n.ºs 52, 53; TJUE, *Halifax plc et al. v. Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02 (2006.02.21), n.ºs 68, 84, *passim* (muito embora, nos n.ºs 62 ss., entretinha sobretudo uma questão relativa à existência e aplicabilidade *in casu* de um "princípio do abuso de direito"; o TJUE acaba por referir-se, n.º 70, a "[e]ste princípio de proibição de práticas abusivas", mas logo a seguir, n.º 71, fala de novo, em conjunto, de "luta contra possíveis fraudes, evasões e abusos"; tb. centrado no abuso (do direito de estabelecimento) e outrossim em matéria de fiscalidade, v. ainda TJUE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04 (2006.09.12), *maxime* n.ºs 34 ss.); TJUE, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, C-321/05 (2007.07.05), n.º 38. A dado passo escreve Miguel POIARES MADURO, nas suas conclusões em *Halifax*, que "a inexistência de um critério único para a aplicação do princípio da proibição do abuso em todos os domínios do direito comunitário deve ser considerada perfeitamente natural em direito comunitário, tal como é em qualquer ordenamento jurídico nacional", acrescentando em nota: "Basta mencionar o facto de que tal princípio pode constituir parte das doutrinas especiais do «abuso de direito» ou da «fraude à lei» em direito privado nos sistemas de direito civil (...)": TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro no caso Halifax plc et al. v. Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02 (2005.04.07), n.º 83 e n.º 80.

resposta deixa de ser indubitável, desaconselha, se não mesmo impede, nos nossos dias, a mencionada destrição. Numa *fraude jurídico-material (materiellrechtliche Gesetzesumgehung)*, o problema foi-se tornando visível, sobretudo, em casos de direito fiscal; numa *fraude jurídico-conflitual (kollisionsrechtliche Gesetzesumgehung)*, são muitos os exemplos de possíveis constelações de factos em que os particulares *promovem* a conexão a uma outra ordem jurídica, introduzindo para o efeito elementos de estraneidade na relação jurídica, com o intuito de a partir daí retirar benefícios ou evitar desvantagens do direito interno. Entre outros, imagine-se a constituição no Estado do Delaware de uma sociedade que não tem outra conexão com esse Estado que não a própria incorporação¹¹⁰². Em uma tal operação, é extremamente difícil estabelecer os limites entre a licitude e a antijuridicidade fraudulenta, mormente em contextos, como o de direito da União Europeia, em que são as próprias liberdades fundamentais dos Tratados que incentivam os particulares a um *private ordering* que lhes permita otimizar os seus recursos¹¹⁰³. Nas palavras do próprio Tribunal de Justiça, num caso famoso relativo à fiscalidade, *Halifax*: "*Quando o sujeito passivo pode optar entre duas operações, a Sexta Directiva não o obriga a escolher a que implica o pagamento do montante de IVA mais elevado. Ao contrário, como recordou o advogado-geral no n.º 85 das suas conclusões, o sujeito passivo tem o direito de escolher a estrutura da sua actividade de forma a limitar a sua dívida fiscal*"¹¹⁰⁴.

¹¹⁰² Um dos exemplos de JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., p. 162.

¹¹⁰³ JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., p. 289, *passim*.

¹¹⁰⁴ TJUE, *Halifax*, 2006.02.21, cit., n.º 73. No citado passo das conclusões, lemos como mais relevante: "*Não existe qualquer obrigação jurídica de gerir um negócio de maneira a maximizar a receita fiscal do Estado. O princípio essencial é a liberdade de optar, na gestão de um negócio, pela via da menor tributação, de forma a minimizar os custos. Por outro lado, esta liberdade de opção existe apenas no âmbito das possibilidades permitidas pelo regime jurídico do IVA. O objectivo normativo do princípio da proibição do abuso no âmbito do sistema do IVA é, precisamente, definir o leque de opções que as normas comuns do IVA deixaram abertas aos sujeitos passivos. Esta definição deve ter em consideração os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima dos contribuintes*" (TJUE, *Conclusões do A.-G. Maduro (Halifax)*, 2005.04.07, cit., n.º 85). Cfr. ainda ANTÓNIO FRADA DE SOUSA,

No quadro deste estudo, é importante evitar, à partida, um descomedimento na expectativa sobre o resultado de uma análise atinente ao *exercício abusivo*. Como escrevia Orlando de CARVALHO, a sindicância do abuso não constitui "*o expediente milagroso que permite suprir o que o sistema tem de iníquo*"¹¹⁰⁵, palavras que permanecem inteiramente apropriadas ao contexto em que nos movemos. Em paralelo, vem à mente o arrazoado de BASEDOW, quando sublinha que um reconhecimento legal explícito da proibição de *Gesetzesumgehung*, não existente em todas as legislações nacionais, não traria tantas vantagens quanto se poderia teoricamente imaginar, uma vez que o intérprete e aplicador do direito continuará a ter que, primeiro, confrontar os critérios formais de conexão ou os pressupostos materiais de aplicabilidade da norma fraudada com a teleologia imanente da norma, e, no final, definir qual o peso relativo a atribuir a cada um desses pólos.

A *teleologia* tem aqui, efetivamente, um papel central: é em torno do confronto entre a *invocação de uma norma* ou o *exercício de um direito*, por um lado, e a *teleologia associada à sua previsão*, por outro, que se constrói uma relativa unidade da ideia de abuso e de ilícito contorno ou fraude às prescrições normativas¹¹⁰⁶.

Tal confronto, bem se vê, é uma operação que não se pode realizar *in abstracto*. Não há como fugir à *irreducibilidade da originalidade do caso concreto*. Voltando a BASEDOW, "a concretização da proibição de abuso (*Missbrauch*) e de evasão (*Umgehung*) é sempre relativa ao caso concreto (*einzelfallbezogen*)". Esta percepção tem consequências

"Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio", in Jean Monnet Working Paper 07/09, NYU School of Law, New York, 2009, pp. 23 ss..

¹¹⁰⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil — Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 72.

¹¹⁰⁶ Cfr. HOLGER FLEISCHER, "Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht", cit., p. 870; v. tb. RITA DE LA FERIA, "Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax", in *CML Rev.*, 45, 2008, *passim*, onde se refere tanto *abuse* como *circumvention* (v.g., pp. 398, 405), tanto *abuse of law* como *abuse of rights* (a propósito das leis nacionais: p. 437).

importantes no entendimento do *papel dos tribunais nacionais*: na medida em que o Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial, não *decide o caso*, antes dita a interpretação devida do direito da União Europeia relevante para o mesmo, é também *irredutível a margem de cada tribunal nacional* na conformação dos exatos contornos em que os postulados de proibição de abuso, evasão ou fraude serão concretizados¹¹⁰⁷.

Perante a natural fluidez que assim caracteriza o *exercício abusivo* e a sua teorização, reveste-se agora de particular interesse uma análise da forma como o direito europeu, mormente pela pena do Tribunal de Justiça, foi densificando a ideia de exercício abusivo ou de ilícito contorno às normas e princípios normativos aplicáveis, nos domínios que principalmente nos animam, o *societário* e o *jurisdicional*, ademais com interessantes questionamentos em que ambos se entrecruzam.

5.2. Proibição jurídico-europeia do abuso no plano societário

5.2.1. Mobilidade das sociedades

Conforme decidido pelo Tribunal de Justiça em *Centros*, não há desconformidade com o direito da União Europeia, em particular com a liberdade de estabelecimento prevista atualmente nos artigos 49.º e 54.º do TFUE, quando se pretenda registar internamente a sucursal de uma sociedade constituída no estrangeiro (intraeuropeu), mesmo *"quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de*

¹¹⁰⁷ JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., pp. 170, 186.

constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo"¹¹⁰⁸.

O acórdão *Centros* dispensa hoje apresentações pormenorizadas: as suas repercussões são extensas e foram amplamente comentadas¹¹⁰⁹. Para o que neste contexto mais releva, encontramos em *Centros* uma inequívoca aceitação de algo que, à primeira vista, poderia ter sido classificado como uma evasão ou contorno (*Umgehung*) às normas de direito das sociedades nacional (dinamarquês, no caso, exigindo aos sócios, mais rigorosamente do que o direito inglês, a liberação de um capital social mínimo), ou como um *abuso* das regras instituidoras da *liberdade de estabelecimento* societária, no seio do espaço da União. Mas não: perante o caso concreto, o Tribunal de Justiça entendeu, como resume MOURA RAMOS, que *"o uso abusivo do direito de estabelecimento estaria excluído uma vez que o comportamento em apreciação se integrava precisamente numa das faculdades em que se desentranha aquele direito"*¹¹¹⁰. O que sucedeu, no seu

¹¹⁰⁸ TJUE, *Centros*, 1999.03.09, cit..

¹¹⁰⁹ Apenas entre nós, v. RUI MANUEL MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado. Desenvolvimentos recentes", in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 455 ss.; MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, "A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia", in *Temas de Integração*, n.os 15-16, 2003, pp. 292 ss.; ALEXANDRE MOTA PINTO, "Apontamentos Sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades", in *Temas de Integração*, n.os 17, 18, 2004, n.º 17, pp. 60 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", in LUÍS DE LIMA PINHEIRO JORGE MIRANDA, DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 143 ss. (= DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", cit., pp. 98 ss.); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado", in *O Direito*, 139.º, II, 2007, pp. 273 ss.; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 142 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Económicas e Direito Internacional Privado", cit., pp. 28 ss.; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado*, cit., pp. 623 ss..

¹¹¹⁰ RUI MANUEL MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado. Desenvolvimentos recentes", cit., p. 456 (numa formulação que tem pontos de contacto com a citada, v. TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., tb. objeto de análise no ponto seguinte do acórdão, n.º 24: *"o facto de qualificar uma acção (...) abusiva (...) redundaria em condenar o simples exercício do direito decorrente dessa disposição"*); v. ainda, constatando que casos como os subjacentes a *Centros* ou *Inspire Art* não constituem, para o TJUE, *"abuso ou fraude"*, porque se trata de *"fazer uso do direito de estabelecimento conforme garantido pelo Tratado CE"*, e que *[o] abuso não é inteiramente*

seguimento, é o muito estudado fenómeno da *mobildade das sociedades*: construindo sobre esta primeira pedra, e mesmo na ausência de uma intervenção legislativa ao nível eurocomunitário, o Tribunal de Justiça é obreiro de um sistema em que não são, em princípio, admitidas restrições à mobilidade das sociedades, *ao menos na perspectiva da imigração societária*, isto é, os Estados-membros não podem impor restrições ao acolhimento de sociedades com origem noutros Estados-membros, a não ser que as medidas restritivas sejam aplicadas de modo *não discriminatório*, se justificarem por *razões de interesse geral*, sejam *adequadas* para garantir a realização do objetivo que prosseguem e não ultrapassem o que é *necessário* para o atingir¹¹¹¹. De resto, vai-se mantendo a afirmação de uma *tese da criação nacional*, no sentido de que a sociedade só tem existência através da legislação interna que lhe determina a constituição e o funcionamento¹¹¹². Assim se justificam as subsistentes barreiras à mobilidade do ponto de vista da *emigração societária*, uma vez que o direito interno do Estado de origem se mantém soberano na resposta à "*questão prévia*"¹¹¹³ de saber se uma sociedade se mantém regularmente, enquanto tal, após uma qualquer vicissitude transfronteiriça, condição indispensável para que seja *uma sociedade*, para efeitos do artigo 54.º do TFUE,

excluído pelo Tribunal, mas tem que ser provado caso a caso", ANTON V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement. General Course on Private International Law", in *Recueil des Cours*, t. 311 (2004), 2009, p. 157. A situação em *Centros* foi distinguida do também famoso caso da radiodifusora de capital neerlandês que, estabelecida no Luxemburgo, dirigia as suas emissões para os Países Baixos: TJUE, *Vereniging Veronika Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, C-148/91 (1993.02.03); v. a propósito JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies", cit., pp. 286 ss.; SPYRIDON VRELLIS, "« Abus » et « fraude » dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 641 ss..

¹¹¹¹ V. TJUE, *Centros*, 1999.03.09, cit., n.º 34 (que retoma o teste enunciado em TJUE, *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, C-19/92 (1993.03.31), n.º 32, e mais claramente sintetizado em TJUE, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94 (1995.11.30), n.º 37); TJUE, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, C-167/01 (2003.09.30), n.º 133 (tb. TJUE, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00 (2002.11.05), n.º 92; TJUE, *SEVIC Systems AG*, C-411/03 (2005.12.13), n.ºs 28, 29; TJUE, *VALE Építési ft.*, C-378/10 (2012.07.12), n.º 39).

¹¹¹² Com as exceções, naturalmente, dos tipos legais de fonte europeia, tal como a sociedade anónima europeia.

¹¹¹³ TJUE, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06 (2008.12.16), n.º 109.

e assim beneficie da liberdade fundamental que o Tratado aí lhe reserva¹¹¹⁴. Da nossa parte, pronunciámo-nos no sentido de que se ganharia em certeza jurídica, caso o Tribunal de Justiça, abandonando a ideia da *teoria da criação*, se incumbisse de distinguir com clareza o que considera ser, neste contexto, o *uso* e o *abuso* do direito da União, em particular da liberdade de estabelecimento. Por outras palavras, o papel central deveria ser dado à busca da melhor interpretação do direito europeu, através da determinação do *âmbito teleológico das normas comunitárias* na sua interação criativa com o caso, para o que seria essencial, também, apercebermo-nos do *âmbito teleológico das normas nacionais de direito das sociedades* cuja aplicação está em jogo¹¹¹⁵, como veremos já de seguida.

5.2.2. Competência da assembleia geral para aumentos de capital

Centros, bem como as decisões do Tribunal de Justiça que, na sua esteira, se lhe seguiram, representam certamente o *grupo de casos* mais significativo para o desenvolvimento do direito europeu das sociedades.

A par dele, merece particular alusão um segundo grupo de casos¹¹¹⁶ em que esteve no centro da discussão o carácter abusivo, ou não, da invocação da Segunda Diretiva em matéria de direito das sociedades — hoje, a Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012¹¹¹⁷ — pelos sócios de sociedades gregas em

¹¹¹⁴ V. TJUE, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, 81/87 (1988.09.27), n.º 19; TJUE, *Überseering*, 2002.11.05, cit., n.º 70; TJUE, *Cartesio*, 2008.12.16, cit., n.º 104; TJUE, *VALE*, 2012.07.12, cit., n.º 51; cfr. já RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades", in *DSR*, vol. 3, 2010, pp. 218 ss..

¹¹¹⁵ RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão *Cartesio*", cit., p. 228.

¹¹¹⁶ Tb. identificado por JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., p. 177; cfr. já RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão *Cartesio*", cit., pp. 229 ss., que em texto ora seguimos de perto.

¹¹¹⁷ Com efeito, esta última substituiu a então vigente *Segunda Directiva do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros,*

dificuldades financeiras, casos que conduziram a intervenções estatais com várias feições¹¹¹⁸.

Com efeito, em *Kefalas*¹¹¹⁹, o Tribunal de Justiça entendeu que não era abusiva a invocação do artigo 25.º da Segunda Diretiva (hoje, artigo 29.º da Diretiva 2012/30/UE) — que prevê: "*Qualquer aumento do capital deve ser deliberado pela assembleia geral. (...)*" —, feita por um conjunto de acionistas de uma sociedade anónima em que o Estado grego, devido às "*dificuldades financeiras graves*" da empresa, interveio. O Tribunal começa por esclarecer que "não poderá considerar-se contrário à ordem jurídica comunitária que os órgãos jurisdicionais nacionais apliquem uma norma nacional, tal como o artigo 281.º do Código Civil grego [equiparável ao artigo 334.º do Código Civil português], para apreciar se um direito decorrente de uma disposição comunitária é exercido de forma abusiva"¹¹²⁰. No entanto, porque "a aplicação dessa norma nacional não pode atentar contra o pleno efeito e a aplicação uniforme das disposições comunitárias nos Estados-Membros", acaba por concluir: "o direito comunitário não se opõe a que os órgãos jurisdicionais nacionais apliquem uma disposição de direito nacional a fim de apreciar se um direito decorrente duma disposição comunitária é exercido de maneira abusiva. Todavia, quando dessa apreciação, não poderá ser imputado

são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado [hoje: do artigo 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia], no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (77/91/CEE).

¹¹¹⁸ V. TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit.; TJUE, *Diamantis*, 2000.03.23, cit.; cfr. tb. TJUE, *Marina Karella v. Ypourgo viomichanias, energeias kai technologies, Organismo Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE; Nikolaos Karellas v. Ypourgo viomichanias, energeias kai technologies, Organismo Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE*, C-19/90, C-20/90 (1991.05.30); TJUE, *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias et al. v. Estado helénico et al.*, C-381/89 (1992.03.24); TJUE, *Panagis Pafitis et al. v. Trapeza Kentrikis Ellados AE et al.*, C-441/93 (1996.03.12).

¹¹¹⁹ TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit..

¹¹²⁰ TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., n.º 21. O teor do art. 281.º do Código Civil grego, como o podemos encontrar traduzido, v.g., em TJUE, *Pafitis*, 1996.03.12, cit., n.º 67: "*o exercício de um direito é proibido se exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou os bons costumes ou pela finalidade social ou económica do referido direito*". A propósito, pode ver-se JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., p. 68, n. 141: "É curioso notar que o art. 281.º do Código Civil grego (o art. 334.º difere dele apenas neste ponto) é bem mais expressivo quando prescreve que «o exercício de um direito é proibido...»".

a um accionista que se prevalece do artigo 25.º, n.º 1, da Segunda Directiva um exercício abusivo do direito decorrente dessa disposição pelo simples motivo de o aumento de capital que ele contesta ter remediado dificuldades financeiras que punham em perigo a sociedade em causa e lhe ter trazido vantagens económicas evidentes ou de não ter feito uso do seu direito de preferência, previsto no artigo 29.º, n.º 1, da Segunda Directiva, sobre as novas acções emitidas por ocasião do aumento de capital controvertido"¹¹²¹.

Olhando a decisão de uma perspectiva jurídico-societária, não deixam de levantar-se alguns pontos questionáveis. Desde logo, no caso, era sabido que a sociedade "*tinha importantes dívidas vencidas aos bancos e a outros credores, conhecia um grave problema de liquidez e já não dispunha de capitais próprios, de forma que o seu activo já não bastava para cobrir as suas obrigações e o valor das suas acções era nulo*"; e "*além disso, o aumento de capital efectuado pelo OAE [a entidade pública grega] bem como a conversão subsequente das dívidas em acções conduziram à recuperação dos negócios da Chartopoiia [a sociedade anónima em questão]. Os accionistas, por isso, ficaram garantidos pelo valor económico das suas participações, o risco de despedimento de milhares de trabalhadores foi evitado e a cooperação com um grande número de fornecedores pôde prosseguir no interesse da economia nacional. Em contrapartida, na ausência do aumento de capital efectuado, a Chartopoiia teria sido declarada em falência e os seus bens teriam sido liquidados a pedido dos credores, arrastando assim a perda da totalidade dos bens em detrimento dos accionistas, o despedimento dos trabalhadores e o desaparecimento de uma empresa importante para a economia nacional"*¹¹²².

Esta longa citação do acórdão visa facilitar-nos a demonstração de que a intervenção do Estado grego bem parece poder qualificar-se como mais próxima de um contexto de *insolvência* do que propriamente *societário*, sendo por conseguinte diversas

¹¹²¹ TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., n.º 29.

¹¹²² TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., n.ºs 15 e 16.

as valorações que entram em jogo. Provando, aliás, o contexto mais falimentar que puramente societário da intervenção da entidade controlada pelo Estado grego, repare-se como era a esta reconhecido o poder, nos termos da lei grega, de "*decidir, durante a administração provisória da sociedade em causa, aumentar o capital social dessa sociedade em derrogação de disposições em vigor em matéria de sociedades anónimas*"¹¹²³. Ora, uma leitura *teleologicamente* orientada do artigo 25.º da Segunda Diretiva apontaria para a sua verdadeira *não aplicabilidade* ao caso. Dizemo-lo porque a afirmação solene que nele é feita sobre a *competência da assembleia geral* para o aumento de capital visa sobretudo a delimitação desse poder *em face do órgão de administração*, a quem pode — nos termos do artigo 25.º, n.º 2, da Segunda Diretiva, em que se baseia, designadamente, o artigo 456.º do CSC português — ser atribuída essa competência, mas apenas *limitadamente*¹¹²⁴.

Para reforçar esta ideia, imaginemos uma sociedade portuguesa que se encontrava em insolvência, mas conseguiu recuperar graças a um aumento de capital social, mediante a conversão de créditos em participações sociais, com ou sem respeito pelo direito de preferência dos acionistas, tudo nos termos de um *plano de insolvência* devidamente aprovado pela *assembleia de credores*¹¹²⁵. Suponhamos agora que um acionista dessa mesma sociedade, que então não colocou qualquer objeção ao plano, propõe hoje uma ação em termos semelhantes aos colocados pelo acionista Alexandros Kefalas (e outros). Numa leitura descontextualizada do artigo 25.º, n.º 1, da Segunda Diretiva, bem como do artigo 85.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais¹¹²⁶, estaríamos perante um aumento de capital que não foi, conforme supostamente deveria ser, aprovado em

¹¹²³ TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., n.º 8.

¹¹²⁴ V. RAÚL VENTURA, *Alterações do Contrato de Sociedade*, cit., pp. 38 ss.; MANUEL NOGUEIRA SERENS, "Direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital – Apontamento sobre o modo do seu exercício", in *DSR*, vol. 1, 2009, p. 156.

¹¹²⁵ Cfr. os artigos 198.º, n.º 2, b), e 209.º ss. do CIRE português.

¹¹²⁶ "A alteração do contrato de sociedade, quer por modificação ou supressão de alguma das suas cláusulas quer por introdução de nova cláusula, só pode ser deliberada pelos sócios, salvo quando a lei permita atribuir cumulativamente essa competência a algum outro órgão".

assembleia geral de acionistas (mas sim, de facto, em *assembleia de credores*). Ora, numa hipótese como esta, parece-nos que poucos argumentos restariam para justificar uma invocação não *abusiva* das disposições europeias, por parte deste acionista hipotético. Pelo contrário, o *âmbito teleológico da norma comunitária* – para usar a expressão de POIARES MADURO¹¹²⁷ – cinge-se a um contexto verdadeiramente *societário*, e, dentro deste, *interorgânico*. Não abarca a constelação de factos descrita, visto que esta se espraia para lá da interseção com os interesses ou valorações típicos das *normas de insolvência*¹¹²⁸.

Pois bem: isto mesmo seria mais facilmente detectável se, na apreciação das normas europeias invocadas, houvesse sido prestada atenção mais detida à preocupação normativa que lhes subjaz, à função sócio-jurídica que as mesmas desempenham no contexto do próprio direito da União. Reiteramos, pois, a importância de neste contexto se atender ao *âmbito teleológico*, não só das *normas jurídico-europeias* invocadas, como também das *normas nacionais* – no caso de *direito das sociedades* – para chegarmos à decisão correta.

¹¹²⁷ TJUE, *Conclusões do A.-G. Maduro (Halifax)*, 2005.04.07, cit., n.º 69. Como tb. aí se sublinha, foi em TJUE, *Emsland-Stärke*, 2000.12.14, cit., n.ºs 52-53, que o TJUE apresentou um teste mais claro para aferir a existência de um abuso, distinguindo um elemento *objetivo* e um outro *subjutivo*, a saber: "*um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado*"; e a "*vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção*". Diferentemente, o então Advogado-Geral defendia um critério apenas *objetivo*, segundo o qual não seria decisiva a *intenção* para a apreciação do abuso, antes "*a própria actividade, objectivamente considerada*": v. TJUE, *Conclusões do A.-G. Maduro (Halifax)*, 2005.04.07, cit., n.ºs 70 e 71.

¹¹²⁸ Sobre o problema da delimitação do *estatuto societário* em face do *estatuto da insolvência*, HORST EIDENMÜLLER, "Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut", in *RebelsZ*, 70, 2006, pp. 474 ss.; PETER KINDLER, "Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut", in HANS JÜRGEN SONNENBERGER (HRSG.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts — Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 497 ss.; v. ainda, com mais referências, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 192-194.

Bem melhor, por conseguinte, resultou a abordagem do Tribunal de Justiça no caso *Diamantis*¹¹²⁹, em hipótese não muito diferente da que originou o acórdão *Kefalas*. Ali, conquanto reitere em grande medida o que decidiu nesse outro aresto, o Tribunal toma uma interessante posição ao defender que, não obstante a admissibilidade da invocação da base legal do artigo 25.º da Segunda Diretiva, invocação em si mesma *não abusiva*, há que tomar em consideração o facto de que a ação judicial proposta pelo acionista, com vista a declarar nulos vários aumentos de capital, quatro e cinco anos após a sua realização e já depois de uma ulterior fusão, afectaria "*direitos de terceiros de boa fé*"¹¹³⁰. Por esse motivo, olhando aos diversos meios judiciais que estão à disposição do acionista, a escolha de entre eles tornou-se relevante numa perspectiva do seu *exercício abusivo*. Assim, o Tribunal de Justiça vê como perfeitamente compatível com o direito da União Europeia a aplicação, pelos tribunais nacionais, de uma disposição que "*lhes permite apreciar se um direito decorrente de uma disposição do direito comunitário foi exercido de forma abusiva*", em particular quando "*um accionista, para remediar uma situação ocorrida em violação da directiva, escolher, entre os meios de acção ao seu dispor, o que causa um prejuízo de tal modo grave aos interesses legítimos de outrem que se revela manifestamente desproporcionado*"¹¹³¹.

5.2.3. Abuso e desconsideração da personalidade jurídica

Somos levados a, no seguimento da análise já empreendida, juntar um *terceiro grupo* de casos, um do Tribunal de Justiça e outro de tribunal reinunidense, com significado para o conhecimento do modo como os tribunais vão lidando com as *particularidades jurídico-societárias*. Em comum entre eles, pode identificar-se a procura

¹¹²⁹ TJUE, *Diamantis*, 2000.03.23, cit..

¹¹³⁰ TJUE, *Diamantis*, 2000.03.23, cit., n.º 40.

¹¹³¹ TJUE, *Diamantis*, 2000.03.23, cit., n.º 44.

de determinar em que medida aquelas particularidades exigem e justificam um tratamento próprio das *relações entre terceiros* (o Estado ou particulares), de um lado, e *a sociedade e o(s) seu(s) sócio(s)*, de outro lado, em tudo aquilo que é afectado pela *interposição de uma pessoa jurídica*.

Com efeito, iniciemos com uma alusão a *Idryma*¹¹³², em que se colocou a interessante questão da conformidade com o direito da União Europeia — em particular, na questão prejudicial colocada, com a Primeira Diretiva (hoje a Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009¹¹³³), mas também (e decisivamente), por iniciativa do Tribunal de Justiça, com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais — de uma legislação nacional que impunha sanções administrativas decorrentes da atividade de uma sociedade, não apenas a ela própria, mas também a sócios e administradores.

Na verdade, de acordo com o regime jurídico grego da televisão privada e da rádio local, aplicava-se o seguinte a certas coimas em que fossem condenadas as sociedades exploradoras dos canais de televisão, nos termos da tradução constante do acórdão: "*As coimas previstas nos números anteriores são impostas conjuntamente e solidariamente à sociedade e pessoalmente ao seu representante legal (ou aos seus representantes legais), a todos os membros do seu conselho de administração e a todos os seus accionistas que detenham mais de 2,5 % das suas acções*"¹¹³⁴. Esta é uma disposição que pode caracterizar-se como uma *solução legal desconsiderante*¹¹³⁵; e que, em prejuízo da mais

¹¹³² TJUE, *Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, C-81/09 (2010.10.21).

¹¹³³ Com efeito, esta última é a "*versão codificada*" que substituiu a então vigente *Primeira Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado* [hoje: *do artigo 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*], a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade — 68/151/CEE.

¹¹³⁴ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.º 12.

¹¹³⁵ V. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – as empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 210, n. 541; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 167, n. 366; para outras referências ao uso do termo, v. ainda MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por*

sã técnica jurídica, de um ponto de vista puramente jurídico-societário, *(con)funde* as posições dos membros da administração com as dos sócios da sociedade¹¹³⁶ — sem que necessariamente coloquemos em causa a bondade da solução nacional grega, bem entendido, uma vez que essa *confusão* pode ser consciente e pretendida, por eventualmente não poderem ser cumpridas as exigências visadas sem esse expediente.

Voltando ao caso, uma sociedade acionista da sociedade exploradora de um canal de televisão impugnou a coima que, em virtude da disposição acima citada, também é imposta à sociedade-sócia. E os ecos que no acórdão se fazem registrar acerca da discussão tida no tribunal superior grego, o órgão jurisdicional de reenvio, são dignos de menção, ao dar-se conta das opiniões divididas em sede de fiscalização da constitucionalidade do citado preceito grego, em face dos princípios da liberdade económica e da proporcionalidade.

Na verdade, uma posição maioritária no Conselho de Estado helénico, o órgão jurisdicional de reenvio, favorecia a conformidade constitucional, considerando que *"o legislador nacional tem o direito de adoptar regras derogatórias do direito comum das sociedades anónimas, nomeadamente do princípio da inexistência de responsabilidade do accionista pelas dívidas da pessoa colectiva, princípio fundamental e vinculativo do direito comum das sociedades anónimas, mas não um princípio constitucional"*. Porém, uma corrente dentro do tribunal entendeu que a disposição *"viola os princípios fundamentais do direito das sociedades anónimas — nomeadamente o da limitação do risco incorrido por um accionista (...). Com efeito, o princípio que exige que a sociedade anónima seja apenas responsável pelas dívidas sociais é a manifestação essencial do*

Quotas, cit., p. 74, n. 10. Referindo-se tb. ao preceito grego citado como uma *Durchgriffsregel*, v. FLORIAN MÖSLEIN, "Europäisierung der Haftungsbeschränkung", in *NZG*, 2011, p. 174.

¹¹³⁶ No que nos faz recordar o artigo 50.º do Código Civil brasileiro; cfr., para uma crítica, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO / RUI PEREIRA DIAS, "Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro, para responsabilização de sócios portugueses — Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.6.2014, Proc. 93/13", in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 49, 2015, pp. 55 ss. (cfr. ainda o acórdão aí analisado: TRGuimarães, proc. n.º 93/13.0YRGMR, Relator: Isabel Rocha (2014.06.05)).

carácter de sociedade de capitais que caracteriza a sociedade anónima"¹¹³⁷. A posição maioritária aceitava que o legislador nacional, "conhecendo as condições e a situação real da paisagem televisiva no país", considerasse "que um accionista que detém uma percentagem de acções superior a 2,5% não é um investidor comum, mas que se trata, no essencial, de um investidor profissional que, devido a esta participação na sociedade, é potencialmente capaz de influenciar a administração da pessoa colectiva"; já aquela outra corrente punha em causa "esta forma de responsabilidade objectiva dos accionistas, que desencoraja a aquisição de acções das sociedades anónimas de televisão", sendo a participação de 2,5% "demasiado insignificante para poder influenciar a administração dos negócios da sociedade"¹¹³⁸. Por fim, a querela concretiza-se numa diferença sobre o entendimento do alcance da Primeira Diretiva: se, para a maioria, não haveria qualquer incompatibilidade entre esta e a disposição grega, já para aquela opinião minoritária a resposta contrária seria a correta, uma vez que "a expressão «sociedade anónima» utilizada no artigo 1.º da Primeira Directiva tem um conteúdo mínimo obrigatório. Em sua opinião, as características fundamentais de uma sociedade anónima, que o legislador nacional não pode derogar, são: a) a distinção estrita entre o património social e o dos accionistas; e b) a inexistência de responsabilidade pessoal dos accionistas pelas dívidas sociais, uma vez que os accionistas apenas estão obrigados ao pagamento da respectiva entrada, que corresponde à proporção da sua participação no capital social global"¹¹³⁹.

Decidindo, o Tribunal de Justiça não se impressionou com o argumento da invocação da Primeira Diretiva, prosseguindo aliás, sem surpresa, com a implícita afirmação da já aludida *tese da criação nacional*. Apesar de algum desconforto perante o

¹¹³⁷ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 16, 17. Sobre a sociedade por ações como o protótipo da sociedade de capitais, v. v.g. FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale — Volume Terzo — L'Impresa e le Società — Tomo Primo — Le Società di l'Impresa — Le Società in Genere — Le Società di Persone*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 1.

¹¹³⁸ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 19, 20.

¹¹³⁹ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 22, 25.

considerando n.º 3 da Diretiva de 1968¹¹⁴⁰, decidiu-se que, não obstante ele "deixe entender que existe um princípio segundo o qual apenas as sociedades estão obrigadas a responder com o seu património social pelas suas dívidas para com terceiros, a referida directiva não prevê um conceito uniforme de sociedade por acções nem de sociedade de responsabilidade limitada baseada nesse princípio", pelo que "a Primeira Directiva não estabelece o que deve ser uma sociedade por acções ou de responsabilidade limitada, limitando-se a prever regras que devem ser aplicadas a certos tipos de sociedades identificadas como sociedades por acções ou de responsabilidade limitada pelo legislador da União". Com o respaldo de uma análise da Advogada-Geral TRSTENJAK, entende o Tribunal que, da existência de limitação de responsabilidade "na maior parte dos casos", não se pode, todavia, "concluir que se trata de um princípio geral do direito das sociedades aplicável em todas as circunstâncias e sem excepção". Com a consequência de que a Diretiva não impõe "uma regra segundo a qual nunca pode ser exigida a um accionista uma coima aplicada a uma sociedade"¹¹⁴¹.

O Tribunal de Justiça, contudo, tomou ele próprio a iniciativa¹¹⁴² de confrontar a legislação nacional grega com as liberdades de *estabelecimento* e de *circulação de capitais*¹¹⁴³, o que se revelou fundamental para a decisão — marcadamente orientada por

¹¹⁴⁰ De seu teor: "Considerando que, neste domínio, devem ser adoptadas simultaneamente disposições comunitárias para estas sociedades, visto que, como garantia, em face de terceiros, elas apenas oferecem o património social".

¹¹⁴¹ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 40, 41, 42. 44. Em TJUE, *Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, C-81/09 (2010.06.02), n.º 34, n. 15, faz-se, com efeito, um elenco de alguns preceitos nacionais (não exaustivo, nem tão-pouco atento à sua articulação com jurisprudência ou doutrina nacionais que os densifique) que afirmam a "limitação de responsabilidade para as sociedades de capitais", aludindo às leis alemã, francesa, austríaca, eslovena (a da nacionalidade da Advogada-Geral), reinunidense e espanhola.

¹¹⁴² O TJUE não fica limitado pelo enquadramento jurídico-europeu apresentado pelo órgão nacional de reenvio: antes lhe compete extrair dos elementos por este fornecidos, "designadamente da fundamentação da decisão de reenvio, os elementos do direito da União que exigem interpretação, tendo em conta o objecto do litígio": TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.º 31; cfr. tb. aí citado, TJUE, *Land Oberösterreich v. ČEZ as, C-115/08* (2009.10.27), n.º 81; e, desde logo, TJUE, *Procureur de la République v. Gerard Tissier*, 35/85 (1986.03.20), n.º 9.

¹¹⁴³ A convocação de ambas as liberdades é devidamente justificada, em face do que, consoante a maior ou menor dispersão acionista, uma participação social de 2,5% pode materialmente significar: "Uma legislação

considerações relativas ao mercado interno, a par de alguns vislumbres de timbre mais jurídico-societário¹¹⁴⁴. Com efeito, em discurso próximo da análise económica, entendeu-se que *"a medida nacional em causa tem um efeito dissuasivo para os investidores, afectando, assim, o acesso destes ao mercado das participações nas sociedades"*. Acrescentou-se, não obstante, num apelo às noções de *controlo* ou *domínio* societário e ao desfazamento entre *o poder* e *a responsabilidade*, que *"a medida nacional permite considerar os accionistas de uma sociedade anónima de televisão responsáveis pelas coimas impostas a essa sociedade para que esses accionistas façam com que a referida sociedade respeite a legislação e as regras de deontologia helénicas, ao passo que os poderes que são reconhecidos a esses accionistas pelas regras aplicáveis ao funcionamento dos órgãos das sociedades anónimas não lhes dão essa possibilidade material"*¹¹⁴⁵. Menos bem fundada nos parece a asserção de que, não obstante a indiferenciação entre investidores gregos ou estrangeiros, *"o seu efeito dissuasivo é maior para os investidores de outros Estados-Membros"*, porque *"menos conhecedores das realidades da vida dos meios de comunicação social na Grécia e que não conhecem necessariamente os diferentes grupos ou alianças representados no capital de uma sociedade titular de uma licença para constituir, estabelecer e explorar um canal de televisão"*¹¹⁴⁶. É-nos difícil aceitar a coerência entre uma relativamente liberal tomada de posição do Tribunal quanto à *fluidez* do mercado interno (aliás, em linha com jurisprudência constante), em particular do aludido *"mercado das participações nas sociedades"*, que não deve estar exposto a uma *coagulação* inerente a sanções que extravasem da sociedade empresária propriamente dita para aqueles que, no dito mercado,

nacional que não é aplicável apenas às participações que permitam exercer uma influência efectiva nas decisões de uma sociedade e determinar as suas actividades, mas que se aplica independentemente da dimensão da participação detida pelo accionista numa sociedade, pode estar abrangida quer pelo artigo 49.º TFUE quer pelo artigo 63.º TFUE (...)" — TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.º 49 (v. tb. n.º 51); cfr. tb. TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.º 64.

¹¹⁴⁴ Como aponta tb. FLORIAN MÖSLEIN, "Europäisierung der Haftungsbeschränkung", cit., p. 175.

¹¹⁴⁵ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 56, 57.

¹¹⁴⁶ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., n.ºs 58 e 59.

investem os seus capitais, por um lado, e, por outro, uma leitura de certo modo paternalista da posição dos investidores estrangeiros (mas intraeuropeus), subjacente ao argumento citado.

De toda a maneira, ao identificar na lei grega uma *restrição às liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais*, e não obstante conceder que ela pode corresponder a *razões imperiosas de interesse geral*, justificativas de uma medida restritiva em face dos *objetivos legítimos* em que aparentemente se baseia (a saber, os de "fazer respeitar a legislação e a deontologia dos jornalistas"), o Tribunal concluiu que a medida não passa no teste da *adequação* e da *necessidade*, desde logo porque "*nenhum elemento dos autos permitia determinar por que razão se deve considerar que um accionista que possua mais de 2,5% das participações de uma sociedade de televisão pode influenciar a administração da sociedade*".¹¹⁴⁷

Aqui temos, pois, num caso em que caem por terra as alegações baseadas no *direito derivado europeu*, mas colhem frutos os argumentos baseados no *próprio Tratado*, mais uma manifestação da importância da *aplicação imediata das liberdades fundamentais*^{1148/1149}.

¹¹⁴⁷ TJUE, *Idryma*, 2010.10.21, cit., *maxime* n.ºs 62-65 (citámos os n.ºs 63, 65).

¹¹⁴⁸ Em conformidade com o que subjaz a *Centros*: v. JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., p. 176.

¹¹⁴⁹ Num exemplo inverso, isto é, em que era feita uma alegação baseada na *liberdade de estabelecimento*, mas ao Tribunal bastou-lhe decidir por interpretação do próprio direito derivado europeu — na espécie, o artigo 57.º da Quarta Diretiva, hoje substituída pela *Diretiva 2013/34/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que altera a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho* —, temos TJUE, *Mömax Logistik GmbH v. Bundesamt für Justiz*, C-528/12 (2014.02.06). *Mömax* era uma sociedade por quotas de direito alemão, *filial* (para os efeitos de prestação de contas aí em causa) de Lutz, sociedade por quotas sediada na Áustria. Lutz elaborou e fez publicar as demonstrações financeiras consolidadas, nas quais incluiu as contas anuais de *Mömax*; esta, arrogando-se o disposto no § 246 (3) HGB, na qualidade de empresa filial de uma empresa-mãe obrigada a elaborar contas consolidadas, não procedeu à publicação das suas contas anuais, antes limitando as suas divulgações à publicação dos elementos que fundamentam a sua dispensa; outrossim, Lutz procedeu a todas as divulgações que dão pleno efeito a essa dispensa, nos termos do *Handelsgesetzbuch* alemão (TJUE, *Mömax*, 2014.02.06, cit., n.º 11). Apenas um ponto não estava literalmente de acordo com a lei alemã: é que a dispensa se aplicava a filiais de empresas-mãe obrigadas a consolidar *nos termos do § 290 HGB*, que, na sua letra, impõe essa obrigação

a empresas-mãe *com sede no território nacional* alemão — aliás, em quase coincidência com a linguagem usada pela lei portuguesa no artigo 6.º do DL n.º 158/2009, que aprova o SNC ("Qualquer empresa mãe *sujeita ao direito nacional* é obrigada a elaborar demonstrações financeiras consolidadas (...)", e em ambos os casos em conformidade com as Diretivas europeias (artigo 1.º, n.º 1, da 7.ª Diretiva: "Os Estados-membros imporão a qualquer empresa *sujeita ao seu direito nacional* (..."); hoje, o artigo 22.º da Diretiva 2013/34/UE: "Os Estados-Membros devem exigir de qualquer empresa *regida pelo seu direito nacional* (...)"). A questão que opôs Mõmax às autoridades alemãs foi o entendimento destas de que, não sendo Lutz uma sociedade com sede no território *alemão*, não seria esta uma empresa-mãe sujeita *aos termos do § 290 HGB*, pelo que a dispensa do § 246 (3) HGB não se poderia aplicar e haveria que sancionar Mõmax pelo incumprimento das divulgações exigíveis. A sociedade Mõmax considerou este arrazoamento baseado numa transposição da Diretiva para o direito alemão contrária, em particular, à liberdade de estabelecimento. As autoridades alemãs, contudo, foram do parecer de que uma diferença de tratamento entre filiais de empresas-mãe sediadas na Alemanha, por um lado, e empresas-mãe sediadas noutros Estados-membros, seria justificável por *razões imperativas de interesse geral* (ac. cit., n.º 14). Não restaram ao Tribunal dúvidas (v. ac. cit., n.º 24) de que o legislador alemão pretendeu fazer uso da dispensa que a Diretiva *autoriza* no artigo 57.º da Quarta Diretiva, correspondente ao artigo 37.º da Diretiva 2013/34/UE — que hoje lhe chama *isenção para as empresas filiais* e elenca, com outras alterações terminológicas não relevantes para o caso, as condições dessa isenção. Por detrás dela está, parece evidente, a *realidade de grupo* que se divisa em face do preenchimento de todas estas condições: nessa eventualidade, há suficientes garantias, ao nível *societário-interno* ("*Todos os acionistas ou sócios da empresa filial declararam, em relação a cada período em que seja aplicada a dispensa, estar de acordo com a dispensa dessa obrigação*") e ao nível *patrimonial* ("*A empresa-mãe declarou-se garante dos compromissos contraídos pela empresa filial*") e ao nível *informativo* (a empresa filial está incluída nas contas consolidadas da empresa mãe; aplicam-se as obrigações de "publicidade", nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2009/101/CE, sem que porém deixe de existir uma obrigatoriedade de elaboração das próprias contas anuais "individuais" da sociedade filial), para que os Estados-membros possam considerar supérfluas as normais exigências de conteúdo, revisão e publicação de contas. Pois bem: o que é que a *consolidação das contas* traz de particular para que, salvaguardadas as demais exigências, possam diminuir-se os requisitos de divulgação impostos à sociedade filial que se inclui no perímetro da consolidação? Basta lembrarmos que a *consolidação* é o conjunto de operações contabilísticas que visa proceder à agregação das contas individuais do conjunto das empresas pertencentes a um *grupo*, mediante o adição dos saldos das contas constantes em cada rubrica do balanço e da demonstração de resultados, bem como a eliminação dos valores correspondentes às operações realizadas entre as sociedades inseridas no perímetro (assim JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 194; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, "A consolidação das contas", in *RCEJ*, N.º 19, 2011, pp. 186 ss.). Em poucas palavras, trata-se de um conjunto de operações que visa, sobretudo, analisar e apresentar um *grupo* de empresas *como se de uma só* empresa se tratasse. É, nessa medida, essencial apreender os vários aspetos da realidade económica de um grupo, de maneira a, com isso, poder descrever *verdadeira e fielmente* essa realidade económica — porque esta, não obstante compreender ou desdobrar-se em *várias entidades*, é essencialmente *unitária*. Deste modo, cumpre-se o objetivo fundamental de fornecer a todos os interessados — sejam os diversos *stakeholders*, seja, para certos efeitos, o próprio Estado ou, v.g., autoridades de supervisão — uma imagem global do património e das finanças do grupo. Todas estas normas são, assim, orientadas à pretendida aproximação do chamado *perímetro técnico de consolidação à efetiva realidade económica unitária* que o grupo representa, enquanto *conjunto de empresas*, que a consolidação de contas visa revelar (v., com mais indicações, RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão Mõmax do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12) — breves notas", in *DSR*, vol. 11, 2014, pp. 276-277). Pois bem: quando, dentro de um mesmo perímetro, existe já uma

Idryma é um caso em que topamos um tratamento das *relações entre terceiros* (na espécie, *o Estado*, enquanto sancionador de mera ordenação social) e *a sociedade e os seus sócios, a final* valorizando-se a *existência e interposição de uma pessoa jurídica* (in casu *societária*), impeditiva de um injustificado desatendimento da sua própria personalidade por meio de uma *solução legal desconsiderante*, mesmo que nesta se vislumbrassem legítimas *razões de interesse geral* — todavia, não atuadas de modo *adequado nem necessário*.

Pois bem: *Idryma* foi justamente uma das decisões invocadas, a par de outras já nossas conhecidas, num interessante acórdão do *England and Wales Court of Appeal*, em que se procurou saber se, com base na *vinculação formal de uma sociedade* a um pacto de jurisdição, poderia extrair-se, outrossim, a *vinculação do sócio* que, alegadamente, *se escondia* por detrás daquele primeiro *véu societário*.

Recordemos, conforme nos ensinou o estudo dos *casos particulares* de extensão, pelo Tribunal de Justiça, da vinculação jurisdicional *para lá de um estrito consentimento*, que este último foi sendo, pontualmente, substituído por *sucedâneos* que o Tribunal tomou por razoáveis, atendendo às diversas exigências normativas a sopesar¹¹⁵⁰.

entidade (a empresa-mãe) que procede ao tratamento contabilístico unitário do grupo, acrescentando a sua responsabilização patrimonial e a concordância dos seus demais (eventuais) sócios, parece razoável admitir aos Estados-membros a criação de um regime como o previsto no artigo 57.º da Quarta Diretiva. A Alemanha exerceu essa faculdade: mas a partir do momento em que o fez, não podia introduzir injustificadas discriminações no tratamento de filiais *nacionais* de empresas-mãe *estrangeiras*, por referência às filiais *nacionais* de empresas-mãe *nacionais*. E se esse tratamento seria incompatível com a *liberdade de estabelecimento* do direito da União Europeia, nem é, em rigor, necessária a convocação das regras primárias que regem essa liberdade fundamental: sendo inequívoco, do texto da própria Diretiva, que a dispensa se há de aplicar sempre que "*a empresa-mãe esteja sujeita ao direito de um Estado-membro*", o que está tecnicamente em causa é uma desconformidade entre o texto legal alemão e a norma da Diretiva (TJUE, *Mömax*, 2014.02.06, cit., n.º 29). Sublinhe-se, por fim, que, bem antes do proferimento deste acórdão, a legislação alemã foi alterada para acomodar-se ao direito da União Europeia, através da abreviadamente chamada *MicroBilG 2013*: cfr., de novo (em texto que, nesta nota, ainda que de modo resumido, seguimos de perto), RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão *Mömax*", cit., pp. 277-278.

¹¹⁵⁰ V. *supra*, pp. 275 ss..

Ora, em *Gramsci*¹¹⁵¹, a questão era justamente a de apreciar "as circunstâncias em que uma pessoa, que não é parte num contrato que contém uma cláusula jurisdicional, pode ser reputada como tendo dado o seu consentimento ao tribunal escolhido", sendo a tese central dos recorrentes, no *Court of Appeal*, a de que, em direito da União Europeia, uma tal pessoa terá prestado o consentimento "quando seja a controladora de uma entidade corporativa que é parte num contrato e tenha, de modo provavelmente fraudulento (arguably fraudulently), causado a celebração do contrato pela entidade corporativa, em ordem a defraudar a outra parte no contrato"¹¹⁵².

No caso, uma sociedade naval detida por Antonio Gramsci alegava que um conjunto de navios seus fora fretado a cinco sociedades *offshore*, num esquema fraudulento montado pelos respetivos beneficiários (Lembergs, um grande armador letão contra quem esta ação foi proposta, e Stepanovs). Este esquema visava o aproveitamento de diferenças nas margens cobradas nesses fretamentos. Os contratos entre Gramsci (ou a sua *Antonio Gramsci Shipping Corporation*) e as *offshore* seguiram um *Charter Party form*, que continha uma cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais ingleses.

Gramsci pretendia *levantar o véu corporativo* das sociedades de Lembergs com vista a demandar aqueles beneficiários, a título pessoal, nos tribunais ingleses, fazendo uso, também contra eles, da cláusula jurisdicional constante do contrato com as sociedades. O seu argumentário girou sobre o eixo de que o direito da União Europeia, que alega não ter sido devidamente considerado na decisão recorrida, reconhecera a relevância de um *deemed consent*, mesmo quando não há *actual consent*, o que transpareceria da jurisprudência cuja análise acima empreendemos, a propósito dos *casos particulares* de (extensão da) vinculação¹¹⁵³. O *Court of Appeal*, não obstante, rejeitou esta linha argumentativa, fazendo-o com base numa análise sólida, que partiu da

¹¹⁵¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci Shipping Corporation et al. v. Aiyars Lembergs*, [2013] EWCA Civ 730 (2013.06.19).

¹¹⁵² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.º 3.

¹¹⁵³ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.º 31; v. *supra*, pp. 275 ss..

afirmação da necessidade, em princípio, de uma manifestação *clara e precisa* de consentimento, como expressada em *Estasis Salotti* ou *Galeries Segoura*¹¹⁵⁴, passou pela identificação de *uma certa "medida de flexibilidade"*, que poderia entrever-se em *Iveco Fiat* ou *Berghoefer*¹¹⁵⁵, e confrontou as soluções particulares de *Tilly Russ*, *Corek Maritime*, *Powell Duffryn* e *Refcomp*¹¹⁵⁶, demonstrando a imprestabilidade destes arestos para a solução do caso em análise¹¹⁵⁷.

Num ponto final da decisão, o *Court of Appeal* enfrenta a alegação, que intitulou de *policy-based*, com um sentido próximo de um *controlo do abuso*: pretendia Gramsci que fosse decretada uma *desconsideração da personalidade jurídica para efeitos jurisdicionais*, com justificação na necessidade de impedir que os *fraudsters* se pudessem, nos sugestivos termos avançados pela recorrente, *"abrigar por detrás da estrutura corporativa de sociedades que eles constituíram, com o propósito de defraudar uma parte inocente com quem a sua puppet company contrata, em ordem a evitarem ser demandados nos tribunais de um Estado-membro no qual a puppet company consentiu em ser demandada"*¹¹⁵⁸.

É neste contexto que surge uma invocação do caso *Idryma*, conquanto não exitosa: Gramsci alude às conclusões da Advogada-Geral TRSTENJAK, num passo em que estas se referiam à ausência de regulação da matéria pelo direito comunitário, com o intuito de confortar a pretendida tomada de posição do tribunal inglês em favor de uma desconsideração da personalidade jurídica das *offshore*. Contudo, o *Court of Appeal* desvaloriza o argumento da ausência de regras comunitárias, que ademais se vira contra quem o formula. Muito embora aquelas conclusões pudessem ajudar na demonstração de que a desconsideração *é possível* nos termos do direito da União (no sentido de que *não*

¹¹⁵⁴ V. *supra*, pp. 254 ss..

¹¹⁵⁵ V. *supra*, pp. 262 ss..

¹¹⁵⁶ V. *supra*, pp. 275 ss..

¹¹⁵⁷ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.ºs 31, 35 ss., 38 ss., 51 ss..

¹¹⁵⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.ºs 29 (de onde citámos), 63 ss..

seria à partida com ele desconforme), a ausência de regulamentação europeia acerca do ponto é justamente lida, pelo tribunal inglês, como o reconhecimento de que uma tal matéria *cabe por completo ao direito nacional*¹¹⁵⁹. Com efeito, as conclusões acima mencionadas analisavam a limitação de responsabilidade no direito europeu das sociedades anónimas, iniciando com a identificação de um *conceito global completo*, que a Advogada-Geral induziu a partir das *"diversas regulamentações do direito da União"* àquelas dedicadas¹¹⁶⁰. Incluiu-se nesse conceito a *limitação da responsabilidade*, que a Primeira Diretiva *"reconhece manifestamente como princípio do direito das sociedades de capital"*, e que valeria, desde os primeiros tempos, como *"direito comunitário não escrito"*¹¹⁶¹. No que interessava a Gramsci, as conclusões de TRSTENJAK indicam, efetivamente, que uma solução legal desconsiderante, com as feições do preceito grego que acima descrevemos, só estaria proibida pela Primeira Diretiva se esta *"contivesse uma regra exaustiva de limitações da responsabilidade de uma sociedade anónima, que*

¹¹⁵⁹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.º 64.

¹¹⁶⁰ Este exercício de TRSTENJAK culmina na síntese: *"Segundo este conceito, a sociedade anónima é juridicamente autónoma e dispõe de um capital mínimo distribuído por acções. Os accionistas estão exonerados da responsabilidade pelas obrigações sociais da sociedade; em contrapartida, e a realização e a conservação do capital da sociedade são garantidas através de regras correspondentes. A estrutura organizacional da sociedade é caracterizada pela separação entre o nível da direcção e o da Assembleia-geral, assim como a nível da direcção pela separação entre a administração e a fiscalização. Isto é válido independentemente de, a nível da direcção, estarem previstos dois órgãos distintos (sistema dualista) ou um só órgão (sistema monista); o direito das sociedades da União Europeia coloca os dois modelos à escolha. Por princípio, as acções são livremente transmissíveis e podem ser cotadas em bolsa; os accionistas têm os mesmos direitos (sobretudo direito de voto e direito a dividendos) e obrigações (obrigação de entrada). A prestação de contas encontra-se pormenorizadamente regulamentada; os documentos contabilísticos estão sujeitos a fiscalização e a publicidade. As regulamentações em matéria de grupos empresariais visam abranger os problemas especiais das sociedades coligadas. Não obstante, esta concepção global do direito das sociedades anónimas é controversa entre os Estados-Membros relativamente a pontos importantes, como por exemplo, no que respeita à estrutura dos órgãos de direcção, pelo que as respectivas medidas de aproximação ainda não foram tomadas."* (TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.º 38).

¹¹⁶¹ TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.ºs 39, 40, onde se formula, ademais, o argumento de que o art. 7.º da Diretiva, ao responsabilizar solidariamente as pessoas que atuam em nome da sociedade antes da aquisição de personalidade jurídica, milita *"no sentido de um reconhecimento do princípio da separação entre património social e património dos sócios"* (n.º 39). Para uma breve referência histórica à limitação da responsabilidade, cfr. PAUL L. DAVIES / SARAH WORTHINGTON, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th ed., Thomson Reuters, London, 2012, n.ºs 8-1 ss..

excluisse um alargamento aos sócios nas circunstâncias do processo principal"¹¹⁶², o que não se verificava. Isto é, "embora seja possível constatar na Directiva 68/151 um reconhecimento do princípio da separação entre património social e património dos sócios, isso não permite por si só concluir que há uma regulamentação exaustiva desta matéria", de tal modo que, por mera aplicação da Primeira Diretiva, "não se pode impedir que os Estados-Membros imponham aos diferentes tipos de sociedades aí enumerados obrigações adicionais, desde que estas não contrariem a Directiva ou outras disposições do direito comunitário". De todo o modo, quaisquer "derrogações da limitação de responsabilidade" serão, em face do direito europeu em vigor, resultado de normas do direito interno de cada um dos Estados-membros: "o legislador comunitário não as estatui ele próprio", pelo que a sua previsão caberá, em cada caso, "aos legisladores nacionais"¹¹⁶³.

Analisando o pedido à luz do direito material inglês, o *Court of Appeal* foi inequívoco na afirmação de que, no estágio atual dessa lei, seria insustentável a desconsideração da personalidade jurídica, para os efeitos jurisdicionais pretendidos¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.º 52 — sendo que a versão portuguesa é enganadora, devendo ler-se *aquele* (o artigo 1.º da Primeira Diretiva) onde se lê *este* (o artigo 4.º, n.º 3, da lei grega), como um breve cotejo da língua original (alemão) permite confirmar.

¹¹⁶³ TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.ºs 53-55, 57. Convoca-se ainda, neste último passo, TJUE, *Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA v. Erik Aarnoud Minderhoud*, C-104/96 (1997.12.16), n.ºs 22-24, como um precedente que, efetivamente, apoia o reconhecimento da competência dos legisladores nacionais "na ausência de uma previsão expressa" da Primeira Diretiva — tratava-se aí de um caso em que se considerou cair fora do âmbito material de harmonização da Primeira Diretiva o "regime de oponibilidade a terceiros dos actos praticados por membros dos órgãos sociais em situação de conflito de interesses com a sociedade representada", cfr. o ac. cit., n.º 28).

¹¹⁶⁴ TJUE, *Conclusões da A.-G. V. Trstenjak (Idryma)*, 2010.06.02, cit., n.º 65. Aí citadas e em vários passos confrontadas com o caso decidendo, vejam-se com interesse Supreme Court (UK), *VTB Capital plc v. Nutritek International Corp et al.*, [2013] UKSC 5 (2013.02.06) (onde Lord WILSON, em declaração de voto, se refere ao artigo 23.º de Bruxelas I, cfr. n.º 158) e Supreme Court (UK), *Prest v. Petrodel Resources Limited et al.*, [2013] UKSC 34 (2013.06.12), n.ºs 34, 35 ("*These considerations reflect the broader principle that the corporate veil may be pierced only to prevent the abuse of corporate legal personality*"; "*I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control*"; esta última formulação

Mesmo rejeitando a sua operatividade no caso concreto, o tribunal inglês não deixou de sublinhar a "indubitável força" da alegação que defendia como apropriado um *controle do abuso*. Na jurisprudência do *Supreme Court* reinunidade deste último lustro, a questão terá sido mais explicitamente aflorada em *VTB Capital*, onde uma declaração de voto de Lord CLARKE fazia apelo aos comentários de BRIGGS, ainda perante a decisão judicial recorrida (do *Court of Appeal*), para aderir à crítica a uma posição que, de modo absoluto, recusasse a possibilidade de se extraírem efeitos da vinculação jurisdicional *da sociedade*, mas *promovida* pelo sócio, também em relação a este último¹¹⁶⁵. A fundamentação poderia passar pela ideia de *separabilidade* do acordo jurisdicional, apta a contribuir para que, mesmo não se aceitando uma vinculação do sócio ao "contrato principal" entre a sociedade e o terceiro, se desse relevância *jurisdicional* ao comportamento do sócio que *engenhrou* tal contrato¹¹⁶⁶.

(por Lord SUMPTION) das condições para a desconsideração é retomada em *Antonio Gramsci*, no passo citado). Para um breve paralelo sobre o *piercing the veil* no direito estadunidense, no direito societário em geral, e sentenciando que *[a]ll courts agree that veil-piercing should be done sparingly; the question is how sparingly*", MARCEL KAHAN, *Corporations*, Package I, New York University School of Law, New York, 2010, p. 51; veja-se ainda, aí analisados, Supreme Court of New York, *Grace E. Lowendahl v. The Baltimore and Ohio Railroad Company et al.*, 247 App. Div. 144 (N.Y. App. Div. 1936) (1936.04.03) (instituído em Nova Iorque o famoso *Lowendahl test*); New York Court of Appeals, *John Walkovszky v. William Carlton*, 223 N.E.2d 6 (NY 1966) (1966.11.29); Supreme Court of Connecticut, *John Zaist et al. v. Martin Olson et al.*, 154 Conn. 563 (1967) (1967.03.07); United States Court of Appeals, Fifth Circuit, *Krivo Industrial Supply Company et al. v. National Distillers and Chemical Corporation* 483 F.2d 1098 (1095th Cir. 1973) (1973.08.07).

¹¹⁶⁵ Supreme Court (UK), *VTB Capital*, 2013.02.06, cit., *maxime* n.ºs 221-222.

¹¹⁶⁶ Ou ainda, acrescenta BRIGGS, sob o aplauso de Lord CLARKE, poderia entender-se que, mesmo na ausência de uma vinculação *contratual*, sequer para efeitos jurisdicionais, *"it should not be challenging to contend that the court which he signed his company up to, in circumstances of fraud, is also the proper place in which to assert any available claim of substantive liability against him"*: ADRIAN BRIGGS, "The subtle variety of jurisdiction agreements", cit., p. 371; Supreme Court (UK), *VTB Capital*, 2013.02.06, cit., n.º 222.

No estado atual do direito da União, conforme constitutivamente¹¹⁶⁷ interpretado pelo Tribunal de Justiça, parece-nos que, na ausência de outros elementos, o ponto de partida deverá necessariamente ser o de que a cláusula atributiva de jurisdição vincula tão-somente a sociedade que é parte de um contrato com terceiro, e não também o seu sócio, por intenso que seja o domínio assente no poder de voto ou noutros mecanismos jurídico-societários. Entender que o consentimento prestado *em nome da sociedade*, mesmo que o tivesse sido pelo punho do próprio sócio, ao subscrever o contrato numa sua concomitante qualidade de administrador da sociedade, se transmudaria em consentimento prestado *em nome próprio* seria uma negação, em princípio inadmissível, da personalidade jurídica da sociedade.

Interessa sobremaneira, ainda que não seja tarefa linear, desenhar um paralelo com *Refcomp*, a mais recente pronúncia do Tribunal de Justiça quanto a *extensões da vinculação jurisdicional*, de entre os *casos particulares* a que já dedicámos alguma atenção neste estudo, e bem assim com os outros casos aí distinguidos. Em *Refcomp*, o Tribunal lembra a necessidade da *existência de efetivo consentimento*, mas não deixa de o afirmar, com o cuidado devido, apenas "*em princípio*", uma vez que, com base na sua própria jurisprudência, "*as condições e as formas em que se pode considerar que o terceiro deu o seu consentimento a uma cláusula atributiva de jurisdição podem variar em função da natureza do contrato inicial*"¹¹⁶⁸. Em seguida, procedeu-se à distinção em face de *Powell Duffryn*, por um lado, e de *Tilly Russ / Coreck Maritime*. Quanto a *Powell Duffryn*, pressupõe-se aí uma *relação contratual* entre as partes (sociedade e acionistas), inexistente em *Refcomp* (entre fabricante e subadquirente), *bem como na hipótese da desconsideração*: não se vê como construir, com efeito, uma verdadeira *relação contratual* entre sócio da sociedade contratante e contraparte contratual da sociedade

¹¹⁶⁷ Sobre a "intervenção constitutiva de juridicidade, aliás amplamente reconhecida no espaço comunitário", do juiz europeu, v. já, p. ex., MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 387.

¹¹⁶⁸ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 30.

contratante, na exata medida em que se reconhece a personalidade jurídica da sociedade contratante. Quanto a *Tilly Russ* e *Coreck Maritime*, o confronto é menos linear. Repare-se que, fundamentando o *distinguo* em *Refcomp*, argumenta-se: "a concordância das ordens jurídicas nacionais quanto aos efeitos da cessão do conhecimento de carga a um terceiro não se encontra no âmbito dos contratos translativos de propriedade, em que se verifica que as relações entre o fabricante e o subadquirente são entendidas de modo diferente nos Estados-Membros"¹¹⁶⁹. Ora, numa primeira leitura, bem se poderá dizer que tão-pouco em matéria de desconsideração da personalidade jurídica societária há uma exata comunhão de vistas pan-europeia, que permita ao Tribunal de Justiça uma conclusão diversa da que deduziu em *Refcomp* para as *cadeias de contratos*¹¹⁷⁰. Porém, lendo *Refcomp* com atenção, é justo sublinhar que esse exercício é desvelado com o fito de, perante a não uniformidade de soluções nacionais (ao contrário do que sucedia relativamente aos conhecimentos de carga), introduzir um *critério autónomo*, em interpretação do artigo 23.º de Bruxelas I, de modo a que se cumprissem os objetivos de "unificação das normas de competência judiciária" e de garantia de "previsibilidade"¹¹⁷¹. Tal como acima indicámos, há aí como que uma *implícita subsidiariedade*, no sentido de que, se não há acordo material entre as várias ordens jurídicas nacionais, a *interpretação autónoma* da regra europeia serve melhor as exigências normativas em presença. Pois bem: se o Tribunal de Justiça vier a seguir idêntica linha de pensamento em face da questão da desconsideração da personalidade jurídica societária¹¹⁷², confrontar-se-á com a

¹¹⁶⁹ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 38; v. *supra*, pp. 278 ss., 284 ss..

¹¹⁷⁰ V. por todos, entre nós, em relação a cada grupo de casos mais comumente indicado, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, cit., *passim*; numa análise que, a partir do direito internacional público, conclui não existirem regras gerais firmadas acerca da extensão a reconhecer à independência jurídico-formal de uma sociedade filial, JOACHIM BERTELE, *Souveranität und Verfahrensrecht — Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 237.

¹¹⁷¹ TJUE, *Refcomp SpA*, 2013.02.07, cit., n.º 39.

¹¹⁷² Com efeito, não era desprovida de sentido a alegação de Simon RAINEY QC, como representante de Gramsci perante o *Court of Appeal*, de que o Tribunal de Justiça da União Europeia nunca teria considerado diretamente a questão da aplicabilidade do artigo 23.º de Bruxelas I "ao caso de um indivíduo que controla

necessidade de produzir uma resposta particular a este problema. Resposta essa que não tem que seguir um só caminho metodológico inequívoco. Na verdade, apresentam-se-lhe duas alternativas: ou, à semelhança de *Refcomp*, produz uma autêntica *norma material sobre a vinculação jurisdicional*, que fixe imediatamente os parâmetros aplicáveis à prestação de consentimento (ou à suficiente verificação de um seu razoável sucedâneo); ou, diferentemente, segue a *via conflitual*, o que implicaria, em método diverso, determinar a lei nacional competente para reger a questão da desconsideração¹¹⁷³. Esta segunda alternativa poderá teoricamente merecer os favores do Tribunal, se, concomitantemente, tomar em consideração a sua jurisprudência constante sobre a liberdade de estabelecimento, onde é reiteradamente afirmada a *tese da criação nacional* das sociedades. Se assim for, apesar das nossas críticas a uma tal imposição¹¹⁷⁴, poderá ser coerente a resposta de que, sendo a criação de entes societários um domínio em que a *soberania estadual* é por si afirmada de modo tão peremptório, caberia ao direito nacional

uma sociedade e causa a celebração por esta de um contrato, contendo um acordo jurisdicional, em ordem a defraudar a contraparte contratual da sociedade" (England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.º 32). A receptividade ou não do Tribunal de Justiça àquele argumento de BRIGGS, acima referido, teria sido testada, houvesse o *Court of Appeal* aceitado o reenvio prejudicial nos termos cuidadosamente formulados por aquele *barrister*: "*Where: (i) a person A improperly sets up a company B as a vehicle of fraud and causes it to enter into a contract with another party C to defraud C and to conceal his participation from C; and (ii) the contract which A procures contains a jurisdiction clause in favour of the courts of a Member State to which A causes his creature company B to consent, in circumstances where A knows or it is held that he ought to know (a) that the use of the company is improper; (b) that if the true facts are discovered the corporate veil may be pierced and he may be liable to C in connection with or in respect of the transaction, will A be deemed to have consented to the same jurisdiction as that to which the company B consented 'to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship' under Article 23 of Council Regulation (EC) 44/2001 (...) ?*" (England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci*, 2013.06.19, cit., n.º 31).

¹¹⁷³ Como sublinhámos *supra*, p. 289, a viabilidade de uma tal *opção conflitual* é confirmada pela Convenção da Haia de 2005, cujo relatório explicativo esclarece: "*desde que as partes originárias consentam no acordo de escolha de foro, este vinculará terceiros que não tenham expressamente consentido nele, se a respetiva legitimidade para propor ação depender da assunção dos direitos e deveres de uma das partes originárias. Se tal é ou não o caso, dependerá da lei nacional*" (TREVOR C. HARTLEY / MASATO DOGAUCHI, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, cit., n.º 97). Aparentemente céptico perante esta alternativa, v. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.211, em texto e n. 287; identificando neste problema "*a further area of uncertainty*" no direito atual, v. RICHARD FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, cit., n.º 2.180.

¹¹⁷⁴ Cfr. *supra*, texto do parágrafo correspondente à n. 1112.

determinar os termos em que um tal ente, *criação* desse ordenamento, pode ser desconsiderado. A questão conflitual da lei aplicável à desconsideração, no nosso como noutros ordenamentos europeus, não merece resposta expressa da lei¹¹⁷⁵. Se é verdade que integra o *estatuto societário* de uma sociedade a matéria da responsabilidade dos membros da pessoa colectiva perante terceiros, nos termos explicitados pelo artigo 33.º, n.º 2, do Código Civil¹¹⁷⁶¹¹⁷⁷, não menos certo é que a relativa imprecisão, variação ou fluidez quanto à fundamentação jurídico-material do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, no direito material societário, comunica-se ao direito de conflitos sob a forma de uma acrescida complexidade, no momento de *qualificação* dos preceitos jurídico-materiais que, quando assimilados a uma regra de conflitos de leis em vigor em Portugal que designe como competente a ordem jurídica a que pertencem os aludidos preceitos, venham a ser por aquela convocados para a solução do litígio^{1178/1179}.

¹¹⁷⁵ São relativamente pontuais e não muito extensas as considerações que na doutrina nacional se vão encontrando sobre o tema: v., com referências de direito comparado (sobretudo alemão), ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva*, cit., pp. 163 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume II*, cit., pp. 182 ss.; RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 194 ss..

¹¹⁷⁶ Recorre-se comumente a este preceito *civil* aplicável em geral às *pessoas colectivas* quando se procura definir o âmbito do estatuto *societário*, uma vez que o CSC não consagrou em especial uma regra para esse efeito: v., entre outros, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 167 ss..

¹¹⁷⁷ Como bem sublinha, neste particular contexto, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume II*, cit., p. 183.

¹¹⁷⁸ Sobre esta operação de qualificação no DIP português e a interpretação do artigo 15.º do Código Civil, v., no ensino, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado — Casos práticos de devolução e qualificação*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1983, pp. 47 ss.; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de DIP*, cit., pp. 199 ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, cit., pp. 103 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *DIP — Sumários*, cit., pp. 193 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume I*, cit., pp. 572 ss.; em monografia, cfr. ainda ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação*, cit. (mesmo que anterior ao Código Civil de 1966) e as referências mais ou menos diretas e desenvolvidas, consoante os casos, designadamente em JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, cit., pp. 404 ss.; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, cit., pp. 227, 593; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa et al., 1991, pp. 154 ss.; MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, cit., pp. 41 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual*, cit., pp. 381 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina,

Na autorizada opinião de BRIGGS, há poucas probabilidades de frutificarem, junto do Tribunal de Justiça, tanto o argumento de que a pessoa por detrás do véu corporativo deu *o seu próprio* consentimento à jurisdição de um tribunal ("*o que é evidente que não*"), como o de que essa pessoa *substitui, juridicamente*, a sociedade na relação com a contraparte contratual. "*Mas*", sentencia o Professor de Oxford, "*o Tribunal europeu poderá porventura ser receptivo à opinião de que é um exercício de má fé o da pessoa que, por detrás do véu, alega que, apesar de ter havido um consentimento, este não foi o seu, mas sim o da sociedade, que aquela pessoa causou fosse prestado*"¹¹⁸⁰.

Fica assim em aberto a sugestão de que, mediante um teste orientado pela *boa-fé*, neste contexto próximo ou mesmo sobreponível ao do *exercício abusivo* de uma faculdade jurisdicional, possa vir a ser dada uma resposta *desconsiderante* — o que, por si só, já suficientemente aconselha que atentemos, adiante, aos contornos atuais de uma proibição jurídico-europeia do abuso no plano jurisdicional¹¹⁸¹.

Coimbra, 2012, pp. 298 ss., 568 ss.; e HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado — Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 301 ss., com amplas indicações bibliográficas. Na doutrina alemã, além de STEFAN GRUNDMANN, *Qualifikation gegen die Sachnorm — Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1985 (com o interesse especial do confronto com o sistema português, justificado a pp. 6-7), veja-se uma excelente sinopse em CARL FRIEDRICH NORDMEIER, *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 55 ss.; e, em monografia, LOUKAS A. MISTELIS, *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht — Zur Lehre einer parteispezifischen Qualifikation im Kollisionsrecht der privaten Wirtschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, em particular pp. 179 ss. (com brevíssima alusão ao direito português, ou melhor, apenas a (alguma) doutrina portuguesa, pp. 87-88).

¹¹⁷⁹ Exemplo cabal das dificuldades que se podem sentir, não obstante as virtudes atribuíveis a uma solução unitária (nomeadamente a obter por via de uma *conexão acessória*, a ser reconhecida uma força *centripeta* ao estatuto societário perante outras hipóteses normativas de responsabilização dos sócios), está na qualificação múltipla (*Mehrfachqualifikation*), simultaneamente *societária* e *delitual*, defendida para hipóteses de subcapitalização material por PETER KINDLER, "Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht", cit., Rn. 594, 620 (v. tb., em geral, PETER KINDLER, "Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut", cit., p. 533).

¹¹⁸⁰ ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.211.

¹¹⁸¹ *Infra*, pp. 462 ss..

5.3. Concretizações da proibição do abuso da personalidade jurídica societária na fixação de competências jurisdicionais

Ainda com o foco a iluminar a *pessoa jurídica societária*, mas colocando-nos já num plano que está, diríamos, na charneira entre o *societário* e *jurisdicional*, justifica-se um apontamento para invocar um conjunto de expedientes jurisdicionais em que identificamos também, nos seus fundamentos, principal ou acessoriamente, um intuito de estruturalmente obviar a um abuso da personalidade jurídica de entes coletivos. Vêm à mente, desde logo, a *competência especial da sucursal-agência-estabelecimento*, prevista no artigo 7.º, n.º 5, assim como a *competência por conexão*, hoje regulada no artigo 8.º, n.º 1, de Bruxelas Ia.

5.3.1. Competência especial da «sucursal-agência-estabelecimento» (artigo 7.º, n.º 5, de Bruxelas Ia)

No artigo 7.º, n.º 5, do Regulamento de 2012, prevê-se uma competência *especial* — isto é, a concorrer ou acrescer à que resulta *em geral* do artigo 4.º, n.º 1 (domicílio do réu) —, quando se trate "*de um litígio relativo à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento*", em favor do "*tribunal do lugar em que tal sucursal, agência ou estabelecimento se encontram*".

O Tribunal de Justiça fixou, em 1978, em *Somafer*, uma *interpretação autónoma* e unitária de *sucursal-agência-estabelecimento* — hifenizamos, mau grado a (in)estética linguística, para sublinhar o aludido carácter unitário da noção¹¹⁸², ao contrário do que o

¹¹⁸² Assim resulta de TJUE, *A. de Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76 (1976.10.06), n.ºs 20-21; TJUE, *Somafer SA v. Saar-Ferngas AG*, 33/78 (1978.11.22), n.º 12; cfr. ainda, de todo o modo, a leitura de HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 228, acerca de TJUE, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*, C-218/86 (1987.12.09)

separado uso das três expressões poderia fazer crer —, ditando que *"a noção de sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento implica um centro de operações que se manifesta exteriormente de forma duradoura como prolongamento da casa-mãe, dotado de uma direcção e materialmente equipado de modo a poder negociar com terceiros, de tal forma que estes, ainda que saibam que um eventual vínculo jurídico se estabelecerá com a empresa-mãe com sede no estrangeiro, não necessitam de se dirigir directamente a esta e podem concluir os seus negócios no centro de operações que constitui o seu prolongamento"*^{1183/1184}.

Como ficou claro, ainda antes de *Somafer*, com *De Bloos*, deve ser identificável, como *"um dos aspectos essenciais"* que caracterizam o conceito em análise, a *"sujeição à direcção e ao controlo da empresa-mãe"*¹¹⁸⁵. Exige-se uma *dependência*, que impediu o

("parece que o vocábulo «estabelecimento» seja suscetível, contrariamente a agência e sucursal, de designar empresas pertencentes a pessoas jurídicas").

¹¹⁸³ TJUE, *Somafer*, 1978.11.22, cit., n.º 12; transcrevemos a formulação em português constante de TJUE, *SAR Schotte*, 1987.12.09, cit., n.º 10, ao citar aquele passo de *Somafer* (para um registo de ainda outras variações, cfr. p. ex. TJUE, *Blanckaert & Willems PVBA v. Luise Trost*, C-139/80 (1981.03.18), n.º 11; TJUE, *Lloyd's Register of Shipping v. Société Campenon Bernard*, C-439/93 (1995.04.06), n.º 18; TJUE, *Ahmed Mahamdia v. República Argelina Democrática e Popular*, C-154/11 (2012.07.19), n.º 48). Para comparação, deixamos por fim o registo da versão inglesa, em *Somafer*: *"the concept of branch, agency or other establishment implies a place of business which has the appearance of permanency, such as the extension of a parent body, has a management and is materially equipped to negotiate business with third parties so that the latter, although knowing that there will if necessary be a legal link with the parent body, the head office of which is abroad, do not have to deal directly with such parent body but may transact business at the place of business constituting the extension"*.

¹¹⁸⁴ O legislador europeu, noutros propósitos em que regula a *sucursal*, coibiu-se de apresentar uma definição do conceito. Veja-se, por exemplo, o *Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE)* (cfr. art. 2.º, n.ºs 2 e 3), ou, mais significativamente, a própria Décima Primeira Diretiva, que é não menos do que a *Diretiva 89/666/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado*, alt. (*passim*). Com efeito, o conceito de sucursal, que perpassa toda a Diretiva e mesmo a intitula, não é nela definido, havendo embora consenso no sentido de que, devendo a sua interpretação ser autónoma, enquanto conceito *de direito europeu*, a sucursal não é dotada de personalidade jurídica, ao invés da filial; e de que as exigências de um carácter duradouro e de certa autonomia, conforme resultam de *Somafer*, são aí também aplicáveis — assim MATHIAS HABERSACK / DIRK A. VERSE, *Europäisches Gesellschaftsrecht — Einführung für Studium und Praxis*, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 5, Rn. 56; STEFAN GRUNDMANN, *European Company Law — Organization, Finance and Capital Markets*, 2nd ed., Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, pp. 634, 637.

¹¹⁸⁵ TJUE, *De Bloos*, 1976.10.06, cit., n.º 20.

Tribunal de aceitar a qualificação como sucursal-agência-estabelecimento de um agente comercial que mantinha inteira liberdade na organização do seu trabalho e do tempo a ele dedicado, bem como a possibilidade de representar empresas concorrentes¹¹⁸⁶. No pólo oposto, uma extrema dependência da empresa-mãe será um obstáculo a que se preencha a previsão do conceito, na medida em que não se verifiquem as características descritas em *Somafer*. É necessário que *apareça* a terceiros como uma *extensão facilmente discernível* da entidade-mãe¹¹⁸⁷. Mas qual o exato grau de autonomia exigida para o efeito é questão não resolvida em abstrato¹¹⁸⁸.

No que respeita à ligação entre o *estabelecimento* e o concreto *litígio*, de modo a que este possa ser considerado *relativo à exploração* daquele, para que intervenha esta competência especial nos termos exigidos pelo artigo 7.º, n.º 5, parece seguro afirmar que essa ligação tanto poderá reportar-se ao momento da *negociação e celebração do contrato*, como ao do seu *cumprimento ou execução*¹¹⁸⁹. O que não significa, bem entendido, que as obrigações tenham necessariamente que ser executadas no território do Estado onde se situa a sucursal-agência-estabelecimento^{1190/1191}.

¹¹⁸⁶ TJUE, *Blanckaert*, 1981.03.18, cit., n.º 13.

¹¹⁸⁷ TJUE, *Blanckaert*, 1981.03.18, cit., n.º 12.

¹¹⁸⁸ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 230.

¹¹⁸⁹ É o que sugere a jurisprudência em TJUE, *Blanckaert*, 1981.03.18, cit., n.º 13 ("*... being involved in either their terms or their execution (...)*"), bem como uma leitura análoga à dos termos do artigo 19.º, n.º 2, de Roma I, ao fixar o conceito de residência habitual de sociedades ("*Caso o contrato seja celebrado no âmbito da exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, ou se, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é da responsabilidade de tal sucursal, agência ou estabelecimento (...)*"): assim MATTHIAS LEHMANN, "Art 7(5)", cit., n.º 4.140. Cfr. ainda HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 234, com fundadas críticas aos exemplos dados no n.º 13, 2.º parágrafo, de *Somafer*, acerca de quais seriam os abrangidos "*litígios respeitantes aos direitos e obrigações contratuais ou não contratuais relativos à gestão propriamente dita da agência, da sucursal ou do estabelecimento em si mesmos*".

¹¹⁹⁰ Tal como esclarecido em TJUE, *Lloyd's Register of Shipping*, 1995.04.06, cit., n.º 20: "*não existe necessariamente um vínculo estreito entre a entidade com a qual um cliente negocia e à qual faz uma encomenda e o lugar em que esta será satisfeita. Portanto, há obrigações que podem situar-se no âmbito da exploração de um estabelecimento secundário na acepção do artigo 5.º, ponto 5, da convenção, mesmo quando devam ser cumpridas fora do Estado contratante deste, eventualmente por um outro estabelecimento secundário.*"

No entanto, o elemento mais relevante para a importância deste artigo 7.º, n.º 5, de Bruxelas Ia, no contexto em que ora o invocamos — isto é, o de expediente jurisdicional também obviante ao abuso da personalidade jurídica societária —, encontra-se na jurisprudência *SAR Schotte v. Parfums Rothschild*. Recorde-se primeiro que, em *Somafer*, a solução do caso concreto não exigiu do Tribunal de Justiça o tratamento da terceira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio: pretendia esse órgão saber se deveriam ser tomados em consideração "alguns princípios a respeito da responsabilidade civil daquele que, através de uma série de actos externos, isto é, de actos que lhe são oponíveis por qualquer terceiro de boa fé, gerou a convicção da existência de uma sucursal ou de uma agência, com a consequência de que aquele que suscita essa convicção deve ser considerado como alguém que explora uma tal sucursal ou agência"¹¹⁹², numa formulação que remetia para a *teoria da confiança*¹¹⁹³. Em *Schotte*, o Tribunal de Justiça traz para o centro deste teste jurisdicional a noção de *confiança* ou

¹¹⁹¹ MIGUEL VIRGÓS SORIANO / FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2a. ed., Thomson Civitas / Aranzadi, Navarra, 2007, chamam-lhe "un foro de competencia «cuasi-general»", ou "una suerte de «pequeño domicilio»: es un foro intermedio entre el foro general y los foros especiales" (p. 135); tb. p. ex. PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 5", cit., Rn. 79 ("verkleinerter Wohnsitzgerichtsstand"). Mas estes "jogos de palavras" (PETER MANKOWSKI, "Art 5", cit., Rn. 270), sobretudo na medida em que pretendam estabelecer uma comparação ou associação à *general jurisdiction* de direito estadunidense (fazendo o confronto com a *doing business jurisdiction*, STEFAN LEIBLE, "Art 5 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011, Rn. 99), não devem obnubilar a exigência, francamente diversa daquele direito americano, de que o litígio em questão *resulte da exploração da sucursal-agência-estabelecimento*. Aliás, as *nuances* na interpretação deste preceito, entre a sua construção como uma determinação de um *quase-domicílio* na situação da sucursal-agência-estabelecimento, ou antes como uma base de jurisdição diretamente emergente da *prática de atos em determinado local*, podem ser decisivas no momento de aferir a não permanência (na primeira alternativa) ou a permanência (na segunda) desta competência especial após o termo da operação da sucursal-agência-estabelecimento: cfr. ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.279.

¹¹⁹² TJUE, *Somafer*, 1978.11.22, cit., n.º 9.

¹¹⁹³ V. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 231. Sobre esta doutrina no direito civil, pode ver-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, cit., pp. 1234 ss.; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, *passim*. Numa ampla análise da *Vertragstreue* e, nesse quadro, das diferenças em relação à *Vertrauenshaftung*, bem como em negação das doutrinas da *death of contract*, a propósito de uma delimitação entre o contrato e o delito, v. MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., respetivamente pp. 190 ss., 560 ss..

aparência, em torno da qual se constrói a noção relevante de sucursal-agência-estabelecimento. Com efeito, uma sociedade alemã (Schotte) quer demandar uma sociedade francesa (Rothschild SARL) por não pagamento de uma encomenda (que tinha merecido reclamações desta última); fá-lo na Alemanha, primeiro apenas perante outra sociedade (Rothschild GmbH) do grupo da sociedade francesa — da qual, na verdade, era uma *filial* —, depois chamando também a sociedade francesa. O motivo por que Rothschild GmbH foi demandada, alegadamente em invocação da competência da sucursal-agência-estabelecimento, é o de que, como se dá por assente, "*Rothschild GmbH não teve apenas intervenção na negociação e celebração do contrato, mas que se ocupou igualmente, na fase da execução do contrato, da recepção dos fornecimentos acordados e do pagamento das facturas. Por outro lado, a correspondência que dirigiu à Schotte parecia indicar que agia enquanto centro de operações da Parfums Rothschild SARL*"¹¹⁹⁴. Pois bem: em dois breves pontos, o Tribunal de Justiça fixa, *para efeitos de interpretação deste preceito*, a irrelevância dos vínculos jurídico-societários e a central importância da aparência. Os terceiros "*devem poder fiar-se na aparência*". Releva para eles "*a forma como essas duas empresas se comportam na vida social e se apresentam face a terceiros nas suas relações comerciais*"¹¹⁹⁵; razões por que os factos acima invocados, e não a relação jurídica intersocietária, se tornaram fundamentais para a decisão tomada.

No quadro assim delineado, a competência especial do artigo 7.º, n.º 5, alicerçada essencialmente na confiança ou aparência, "*mais relevante do que a verdadeira realidade factual ou jurídica*"¹¹⁹⁶, não deve ser lida de modo a que um vínculo intersocietário resultante do direito dos grupos de sociedades, designadamente em função de uma responsabilidade da sociedade diretora pelas dívidas da sociedade subordinada (no direito societário português, veja-se o disposto no artigo 501.º do CSC), seja *em si mesmo*

¹¹⁹⁴ TJUE, *SAR Schotte*, 1987.12.09, cit., n.º 14.

¹¹⁹⁵ TJUE, *SAR Schotte*, 1987.12.09, cit., n.ºs 15, 16.

¹¹⁹⁶ MATTHIAS LEHMANN, "Art 7(5)", cit., n.º 4.136.

suficiente para gerar uma *dependência económica* que desencadearia a aplicação do artigo 7.º, n.º 5¹¹⁹⁷. Nem tão-pouco é *necessária*, na realidade, uma tal relação intersocietária, uma vez que entre duas sociedades pode emergir uma tal dependência de muitas outras maneiras; motivo por que nos parece deslocado um semelhante teste. O que efetivamente importa é o *factual posicionamento* das várias sociedades, que até possam formar juridicamente um grupo, *em face dos terceiros contratantes*, porquanto é a *aparência* gerada pelo comportamento daquelas, ou de uma delas, que desencadeia o funcionamento do artigo 7.º, n.º 5. É, portanto, de insistir em que, nesta competência especial, estamos perante um exercício de *imputação factual*, para o qual o desenho das relações jurídicas intersocietárias, no que respeita à representação orgânica, à vinculação, à responsabilidade civil ou a qualquer outro aspeto jurídico-societário, é *em si mesmo* irrelevante, apenas intervindo na medida em que alguma indicação ou invocação tenha *de facto* sido feita, na relação com o terceiro, que nele tenha *razoavelmente* gerado a aparência de que *lidava com um mero prolongamento*¹¹⁹⁸ *de uma outra entidade*, à qual, fundadamente, considerava imputáveis todos os comportamentos, e não com uma entidade que atuava em plena autonomia e independência de quaisquer outras estruturas do grupo.

Seja como for, se é certo que, entre as *rationes* subjacentes ao artigo 7.º, n.º 5, está bem presente uma ideia *localizadora* — o Tribunal não deixou, mesmo em *Schotte*, de sublinhar reiteradamente o seu ancoramento na *"conexão estreita entre o litígio e o*

¹¹⁹⁷ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 232, aparentemente caminhando nesse sentido, é ao mesmo tempo muito *nuancé* pelo constante apelo a que se preencham as demais condições previstas em *De Bloos* e *Somafer* (perguntar-se-á, então, qual a verdadeira consequência da existência de relações de grupo, se afinal se lhes não reconhece autonomia para este teste); em sentido diverso, MATTHIAS LEHMANN, "Art 7(5)", cit., n.º 4.137 ("*the legal relations as qualified by company law between the parent and the extension are also not relevant*"); e já PETER MANKOWSKI, "Art 5", cit., Rn. 281 ss. ("*irrelevance of links under company law*").

¹¹⁹⁸ Sendo certo que *"empresas que são juridicamente sociedades independentes podem apesar disso reunir todos os elementos característicos de um prolongamento"*, tal como alegavam a Comissão Europeia e o Governo alemão: TJUE, *SAR Schotte*, 1987.12.09, cit., n.º 12.

tribunal que é chamado a julgá-lo"¹¹⁹⁹ —, não há dúvidas de que, através de uma solução como a desenvolvida ao abrigo desse preceito, o direito jurisdicional da União Europeia está a obviar à invocação abusiva da personalidade jurídica de um ente coletivo, destinada a esvaziar, artificialmente, a competência especial aí criada.

5.3.2. Competência por «conexão» (artigo 8.º de Bruxelas Ia)

Vejamos agora o artigo 8.º, n.º 1, de Bruxelas Ia. Aí estabelece-se uma *competência por conexão*, que, como resumem TEIXEIRA DE SOUSA e MOURA VICENTE, se verifica "*sempre que a competência do tribunal se fixa pela relação das partes ou do objecto da causa com uma outra acção para a qual esse tribunal é competente*"¹²⁰⁰. Em particular no que concerne o seu n.º 1, exigem-se, como pressupostos de aplicação da norma, que estejamos "*perante o tribunal do domicílio*" de qualquer um dos requeridos; e que "*os pedidos estejam ligados entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídos e julgados simultaneamente para evitar decisões que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente*".

O preceito explicita a exigência de que a demanda se formule *perante o tribunal*¹²⁰¹ *do domicílio* de um dos réus. Tratando-se de uma sociedade, como sabemos, o artigo 63.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, abre várias possibilidades, que podem aliás cumular-se, uma vez que é *domicílio*, para efeitos do Regulamento, o lugar onde a sociedade tiver a sua *sede social*, a sua *administração central* ou o seu *estabelecimento principal*. Apesar do debate que envolveu a reformulação de Bruxelas I, não houve avanços com respeito a

¹¹⁹⁹ TJUE, SAR Schotte, 1987.12.09, cit., n.º 9, 16.

¹²⁰⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., p. 36.

¹²⁰¹ O uso do plural (*the courts; les tribunaux*), que pode causar dúvidas interpretativas (cfr. MARIE-ÉLODIE ANCEL, "4. Special Jurisdiction / XI. Derived Special Jurisdiction (Art 8)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.º 4.166), não tem lugar na versão oficial portuguesa.

Estados terceiros: mantém-se a inaplicabilidade do atual artigo 8.º quando se pretenda juntar à demanda um outro réu que, contudo, *não esteja domiciliado em um Estado-membro*¹²⁰². Não sendo esta disposição talhada especialmente para as relações intersocietárias, ela pode, efetivamente, ser útil nos casos em que se pretenda e justifique a demanda de várias sociedades do mesmo grupo¹²⁰³.

Na perspetiva de um *exercício abusivo* da faculdade de demandar por conexão, reconhecida pelo artigo 8.º, n.º 1, facilmente se divisaria uma tática litigante que passasse por, numa lide que precipuamente visasse um determinado réu, juntar-se aos demandados um outro réu com domicílio no Estado-membro perante cujos tribunais o autor pretende litigar. Desde cedo o Tribunal de Justiça teve que lidar com o problema, o que levou ao desenvolvimento de formas de *controlo da intenção do autor* ao demandar vários réus em conexão. Pois *"se o autor tivesse a liberdade de demandar vários réus com a única finalidade de subtrair um destes réus à competência dos tribunais do Estado em que está domiciliado"*, o princípio fundamental *actor sequitur forum rei* seria posto em causa; o que não estaria em linha com os objetivos da Convenção de Bruxelas de 1968, ou dos Regulamentos de 2000 ou 2012¹²⁰⁴.

O primeiro controlo surgiu com *Kalfelis* e é o do *nexo estreito entre os pedidos*, nos termos acima transcritos¹²⁰⁵. É hoje assente que o *fundamento jurídico* de cada um

¹²⁰² Cfr. TJUE, *Réunion européenne SA et al. v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et al.*, C-51/97 (1998.10.27), n.º 52; TJUE, *Land Berlin*, 2013.04.11, cit., n.º 56.

¹²⁰³ V., num exercício comparativo, LINDA J. SILBERMAN, "Jurisdictional Imputation in *Daimler Chrysler AG v. Bauman: A Bridge Too Far*", in *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, 2013, p. 130.

¹²⁰⁴ TJUE, *Athanasios Kalfelis v. Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst e Cie et al.*, 189/87 (1988.09.27), n.º 9, de onde citámos; TJUE, *Réunion européenne*, 1998.10.27, cit., n.º 47; TJUE, *Reisch Montage AG v. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, C-103/05 (2006.07.13), n.º 32; TJUE, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG et al.*, C-145/10 (2011.12.01), n.º 78; TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC)*, 2015.05.21, cit., n.º 27.

¹²⁰⁵ Já o exigindo, apesar do silêncio do texto convencional, veja-se PAUL JENARD, "Report", cit., p. 26 (*"In order for this rule to be applicable there must be a connection between the claims made against each of the defendants, as for example in the case of joint debtors. It follows that action cannot be brought solely with the object of ousting the jurisdiction of the courts of the State in which the defendant is domiciled"*); tb., entre outros, PIERRE GOTHOT / DOMINIQUE HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 — Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Editions Jupiter, Paris, 1985, n.º 111.

desses pedidos não tem que coincidir para que se preencham as condições do artigo 8.º para a conexão. Podem, por exemplo, ser julgados simultaneamente pedidos de condenação por responsabilidade contratual, quanto a um réu, e extracontratual, quanto a outro¹²⁰⁶. Tal não significa, porém, que as diferenças de fundamentos jurídicos não possam desempenhar um papel: o Tribunal de Justiça esclareceu que é ao *tribunal nacional* que incumbe "*determinar a existência de conexão entre os diversos pedidos, isto é, do risco de decisões inconciliáveis se esses pedidos forem julgados separadamente e, a esse respeito, tomar em conta todos os elementos necessários dos autos, o que pode eventualmente, e sem que por isso seja necessário à apreciação* [which may, if appropriate yet without its being necessary for the assessment], *levá-lo a tomar em consideração os fundamentos jurídicos das acções propostas nesse órgão jurisdicional*"¹²⁰⁷.

Para lá do *nexo estreito entre os pedidos*, levantou-se a questão de saber se, mesmo na sua presença, seria ainda relevante a alegação e prova de que a *única finalidade* do autor era a de subtrair um dos réus ao foro do respetivo domicílio, com a consequente inaplicabilidade do artigo 6.º de Bruxelas I. Em suma, equivale a questionar se o *controlo da intenção do autor* seria tão intenso que se imporá mesmo que, objetivamente, estivessem verificados os nexos que justificam a concentração de demandas. A resposta está na jurisprudência do Tribunal de Justiça, em dois tempos. Primeiro, em *Freeport*, lembrou-se que o n.º 1 do preceito, ao contrário do n.º 2, não sujeita a competência especial "*à condição de a acção não ter sido intentada com o único*

¹²⁰⁶ Houve aqui uma evolução na jurisprudência do Tribunal, desde TJUE, *Réunion européenne*, 1998.10.27, cit., n.º 50 (em que se decidia o oposto do que dizemos em texto quanto às responsabilidades contratual e extracontratual; v. ainda TJUE, *Roche Nederland BV et al. v. Frederick Primus, Milton Goldenberg*, C-539/03 (2006.07.13), n.º 26), até TJUE, *Freeport plc v. Olle Arnoldsson*, C-98/06 (2007.10.11), n.ºs 38, 47; cfr. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 248.

¹²⁰⁷ TJUE, *Freeport plc*, 2007.10.11, cit., n.º 41 (com incrustada citação da versão inglesa, num passo que nos parece deficientemente expressado na versão portuguesa); v. tb. TJUE, *Painer*, 2011.12.01, cit., n.º 83; TJUE, *Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV et al.*, C-616/10 (2012.07.12), n.º 30.

*fim de subtrair um réu à competência do tribunal do seu domicílio", concluindo-se que, verificada a conexão dos pedidos deduzidos, no momento da propositura da ação, não é necessário, em acréscimo a essa conexão objetiva, "demonstrar de outra forma que os pedidos não foram apresentados com o único fim de subtrair um dos réus aos tribunais do Estado-Membro do seu domicílio"¹²⁰⁸. Mais recentemente, porém, em *Cartel Damage Claims (CDC)*, após citar este mesmo teste, o Tribunal acrescenta: "na presença de pedidos que, quando são deduzidos, têm uma conexão na aceção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, o tribunal da causa apenas pode declarar uma eventual alteração da regra de competência prevista nesta disposição se existirem elementos de prova que lhe permitam concluir que o demandante criou ou manteve artificialmente as condições de aplicação da referida disposição"¹²⁰⁹. Estava em causa a alegação de que teria havido um conluio entre o autor e um dos réus, justamente o réu-âncora, que, domiciliado na Alemanha, permitira a concentração das demandas contra os demais cinco réus, todos domiciliados em Estados-membros diferentes. O conluio teria passado por, embora tenham chegado a um acordo para pôr fim ao litígio, não o terem tornado público até à propositura da ação, com o fim de assim poder ser ancorada a competência dos tribunais alemães. O Tribunal de Justiça, com a cautela de reiterar a competência do tribunal nacional na apreciação dos indícios que justificam ou não a conexão, afirmou que uma tal alegação, para ser procedente, deve "todavia ser acompanhada de elementos de prova que atestem a existência de um conluio entre as partes afetadas com o objetivo de criar ou manter, de forma artificial, as condições de aplicação desta disposição no momento da propositura da ação", sendo que "o simples facto de terem efetuado conversações com vista a um eventual acordo amigável não é suscetível de determinar esse conluio. Em contrapartida, será esse o caso se se verificar que esse acordo foi efetivamente celebrado, mas foi dissimulado com o objetivo de criar a aparência de que*

¹²⁰⁸ TJUE, *Freeport plc*, 2007.10.11, cit., n.ºs 51, 54; TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC)*, 2015.05.21, cit., n.º 28.

¹²⁰⁹ TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC)*, 2015.05.21, cit., n.º 29.

*estavam reunidas as condições de aplicação*¹²¹⁰ do que é hoje o artigo 8.º, n.º 1, de Bruxelas Ia.

Em suma, na jurisprudência mais recente, o Tribunal de Justiça não é taxativo, como fora em *Freeport*¹²¹¹, na afirmação de que a conexão objetiva entre os pedidos é bastante. Pelo contrário, abre, com franqueza, um espaço de *controlo do exercício abusivo* da competência especial por conexão do artigo 8.º, n.º 1, que toma em consideração não apenas elementos objetivos, mas também a *intentio* dos demandantes¹²¹². O conluio que procure manter uma base de competência *artificialmente* criada não pode ser eficaz, o que coenvolve, portanto, mais uma afirmação particular de que a utilização das regras jurisdicionais do sistema de Bruxelas não é compatível com um *abuso* dessas mesmas regras.¹²¹³

Deixemos, por fim, uma breve palavra acerca do n.º 2 do mesmo preceito, que autoriza a conexão "[s]e se tratar de chamamento de um garante à ação ou de qualquer incidente de intervenção de terceiros, no tribunal onde foi intentada a ação principal, salvo se esta tiver sido proposta apenas com o intuito de subtrair o terceiro à jurisdição do tribunal que seria competente nesse caso". O chamamento de um garante é, para estes efeitos, definido como a ação que é "intentada contra um terceiro pelo requerido num processo de modo a ficar isento das consequências desse processo"¹²¹⁴. Diferentemente do n.º 1, repare-se, não está aqui pressuposto o ancoramento no tribunal *do domicílio* de

¹²¹⁰ TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC)*, 2015.05.21, cit., n.ºs 31, 32.

¹²¹¹ Criticando esta jurisprudência do Tribunal, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 248, sublinha os riscos de *détournement de for* que ela comportaria; riscos esses que parecem significativamente mitigados com *Cartel Damage Claims (CDC)*, nos termos expostos.

¹²¹² Lembremos como, diferentemente, sustentava Miguel POIARES MADURO, em geral, uma *proibição do abuso* de cariz apenas objetivo: v. TJUE, *Conclusões do A.-G. Maduro (Halifax)*, 2005.04.07, cit., n.ºs 70 e 71, e *supra*, n. 1127.

¹²¹³ Tb. vendo na jurisprudência sobre o art. 6.º, n.º 1, de Bruxelas I, "testemunho de uma real vontade de limitar os abusos aos quais é suscetível de conduzir a regra de competência derivada" enunciada naquele preceito, LAURENCE USUNIER, "Le règlement Bruxelles I bis et la théorie de l'abus de droit", in EMMANUEL GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 453.

¹²¹⁴ TJUE, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne et al. v. Zurich España et al.*, C-77/04 (2005.05.26), n.º 28, reportando-se a PAUL JENARD, "Report", cit., p. 27.

um dos réus, o que significa que a concentração de demandas poderá ter lugar em tribunal de um Estado-membro competente em função de qualquer outra regra, designadamente de uma competência especial do artigo 7.º de Bruxelas Ia¹²¹⁵. Tão-pouco é necessário, ao contrário do que sucede no n.º 1, alegar uma conexão objetiva entre os pedidos: essa conexão "é inerente ao próprio conceito de chamamento de um garante"¹²¹⁶.

Assim vemos como, neste n.º 2, ainda mais explicitamente — porque com apoio na letra regulamentar —, se proíbe um abusivo *détournement de for*, agora no que respeita ao chamamento de um garante¹²¹⁷.

5.4. Proibição jurídico-europeia do abuso no plano jurisdicional

Depois de termos procurado as manifestações de como foi sendo densificada a ideia de *exercício abusivo*, ou de *contorno ilícito* a normas e princípios normativos, no plano *societário*, e já após uma contextual referência a regras jurisdicionais que podem ser lidas, principal ou acessoriamente, enquanto concretizações de uma proibição do abuso da personalidade jurídica societária, justifica-se um enquadramento propriamente *jurisdicional* do problema da proibição do abuso, antes de avançarmos para algumas sugestões quanto às possíveis projeções desse quadro em instrumentos jurídico-societários que atuem o pretendido controlo.

¹²¹⁵ Sublinhando os acrescidos perigos de exorbitância do foro relativamente ao terceiro garante, cfr. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 250.

¹²¹⁶ TJUE, *GIE Réunion européenne v. Zurich España*, 2005.05.26, cit., n.º 30, suficientemente explícito para que não fique margem para as dúvidas que a leitura de TJUE, *Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe BV*, C-365/88 (1990.05.15), n.º 11, chegou a colocar (cfr. HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 250).

¹²¹⁷ Vendo neste preceito virtualidades enquanto possível *Vorbild* para um controlo concreto-individual do abuso, cfr. CHRISTOPH THOLE, "Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht — Zur Problematik der sog. Zuständigkeitserschleichung", in *ZZP*, 122, Heft 4, 2009, pp. 437 ss., 447.

Se atentarmos na evolução do direito jurisdicional da União Europeia, podemos identificar, a acrescer ao que no subponto anterior pudemos já avançar, várias manifestações de uma ideia de proibição do exercício ou invocação abusiva de cláusulas atributivas de jurisdição, ou de sancionamento de comportamentos fraudulentos, por referência às regras jurisdicionais de Bruxelas.

Por exemplo, na jurisprudência *MSG*, decidiu-se que "*um acordo verbal relativo ao lugar de execução, que não visa determinar o lugar onde o devedor deverá cumprir efectivamente a prestação que lhe incumbe, mas exclusivamente estabelecer um lugar de foro determinado*", não se rege pelo preceito antecessor do atual artigo 7.º, n.º 1, relativo à atribuição de competência especial ao tribunal do lugar do cumprimento, "*mas sim pelo artigo 17.º [hoje, artigo 25.º de Bruxelas Ia] e só é válido se forem respeitadas as condições estabelecidas no mesmo artigo*"¹²¹⁸. Vislumbrou-se aí um *abuso*, que foi sancionado com a aplicabilidade das regras formais relativas aos pactos de jurisdição, em vez das regras civis de fixação do lugar do cumprimento da obrigação com a extrapolação jurisdicional pretendida pela parte nisso interessada. Ainda que sem lhe chamar tal nome, procedeu-se, na realidade, a uma interpretação das regras de Bruxelas no sentido que obviava ao seu *ilícito contorno*¹²¹⁹.

Num outro exemplo também já citado, *Gasser*¹²²⁰, o Reino Unido propunha uma exceção à regra da prioridade estrita se "*o autor intentou, de má-fé, uma acção num órgão jurisdicional incompetente, com o objectivo de bloquear o processo nos órgãos jurisdicionais de outro Estado contratante (...)*". O Tribunal de Justiça, no entanto, rejeitou uma tal interpretação, porque incompatível com o princípio de "*confiança mútua*"

¹²¹⁸ TJUE, *MSG*, 1997.02.20, cit., n.º 35. Diferentemente, se fosse pretendida uma efetiva determinação do lugar do cumprimento, o artigo 7.º permaneceria aplicável, como resulta já de TJUE, *Siegfried Zelger v. Sebastiano Salintri*, 56/79 (1980.01.17), n.º 5.

¹²¹⁹ JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., pp. 179-180.

¹²²⁰ TJUE, *Gasser*, 2003.12.09, cit.; v. *supra*, texto correspondente às nn. 321, 353-354, e pp. 355 ss..

subjacente às regras jurisdicionais de Bruxelas^{1221/1222}. Se observarmos a *evolução legislativa* que se seguiu em 2012, invertendo esta orientação jurisprudencial através da nova formulação do artigo 31.º, n.º 2, torna-se evidente como ela é intensamente marcada por um intuito *antiabuso*, explicitado mesmo no texto regulamentar através do considerando n.º 22, que identifica o objetivo da nova regra de "*evitar táticas de litigação abusivas*".

E poderíamos mesmo citar, como um último exemplo, estreitamente relacionado com o anterior, o caso das irmãs *Weber*¹²²³: aí se afastou, também, uma ideia de *prioridade estrita*, com base agora no entendimento de que, *antes de suspender a instância*, o tribunal demandado em segundo lugar deve apreciar se, em resultado de uma competência internacional exclusiva que lhe é atribuída, ao contrário do que sucede com o tribunal primeiramente demandado, "*uma eventual decisão de mérito do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se em primeiro lugar não será reconhecida nos outros Estados-Membros*"¹²²⁴. Esta orientação, ainda que apenas reflexamente, preenche também a função de impedir uma *tática de litigância abusiva*, que se poderia consubstanciar no chamamento, por uma parte, com motivações *torpedeantes*, de um outro tribunal manifestamente incompetente.

Pois bem: perante um contexto normativo assim descrito, vai-se tornando mais fácil a compreensão da tendência, hoje verificável, de uma crescente simpatia pela ideia de que o *exercício* ou *invocação* de uma cláusula atributiva de jurisdição deve admitir

¹²²¹ TJUE, *Gasser*, 2003.12.09, cit., n.ºs 63, 72.

¹²²² E na mesma linha, sabemos já (v. *supra*, p. 202), em *Turner*, o Tribunal de Justiça considerou a *anti-suit injunction* incompatível com o direito da União Europeia, porque equivaleria a retirar ao tribunal de um Estado-membro o poder de conhecer da sua própria competência, aí considerado indisponível dentro do âmbito de aplicação da Convenção de Bruxelas, mesmo que a parte visada "*tenha actuado de má-fé com o objectivo de entrarav o processo já pendente*" (TJUE, *Turner v. Grovit*, 2004.04.27, cit., n.º 31).

¹²²³ TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit.; v. *supra*, texto correspondente às nn. 924 ss..

¹²²⁴ TJUE, *I. Weber v. M. Weber*, 2014.04.03, cit., dispositivo do acórdão, n.º 2.

alguma forma de *controlo do abuso*¹²²⁵, ancorado no reconhecimento de um princípio geral de proibição do (ou tutela contra o) abuso de direito no direito da União Europeia¹²²⁶.

Se, tradicionalmente, as respostas a uma tal sugestão eram *negativas*¹²²⁷, temos hoje, no outro sentido, vozes autorizadas. Podemos encontrar a de MAGNUS, que, após

¹²²⁵ Assim HAIMO SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, cit., n.º 539; v. tb., parecendo caminhar nesse sentido, ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 74, e, mais claramente, ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 801 (v. de seguida em texto). Afirmando de uma banda que "do teor literal do art. 23.º de Bruxelas I não resulta nenhum controlo geral contra o abuso" (ao contrário do que sucede no a este propósito frequentemente citado art. 5.º, n.º 2, da Lei Federal Suíça de DIP; cfr. PAUL VOLKEN, "Art. 5", in GIRSBERGER ET AL. (HRSG.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2004, Rn. 101-102), mas, de outra banda, que "no entanto, um recurso fraudulento (*betrügerisch*) ou abusivo ao direito comunitário é em geral proibido", como princípio geral desse direito e portanto válido também para o direito processual civil europeu, PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn. 12f, 12h (quanto a este último ponto, vão no mesmo sentido as palavras de ADRIAN BRIGGS, "The Rejection of Abuse in International Civil Procedure", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, p. 276: "procedural legal rules may be utilised with the same wrongful intent as can be brought to bear on substantive rules. If abuse involves the wrongful use of legal rules, there is no self-evident justification for confining this to rules of substantive law"); também de teor mitigado, leia-se JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 20 (a propósito das cláusulas contratuais gerais) e sobretudo Rn. 89, *in fine*; v. ainda PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 72 e 73, em que por um lado afirma a *completude* do art. 23.º de Bruxelas I e conseqüente afastamento das "limitações nacionais à prorrogação" (Rn. 72), mas por outro diz-nos que "é de pensar em, também perante Bruxelas I, estabelecer limites substantivos (*inhaltliche Grenzen*) à validade do consentimento (*Einigung*)" (Rn. 73).

¹²²⁶ V. em geral RITA DE LA FERIA, "Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, pp. xv ss., numa obra em que se podem encontrar, em particular para o papel daquele princípio no processo civil europeu, e com visões não coincidentes, ADRIAN BRIGGS, "The Rejection of Abuse", cit., pp. 261 ss., e GILLES CUNIBERTI, "The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, pp. 279 ss.; HORST EIDENMÜLLER, "Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht", in *KTS*, 70., Heft 2, 2009, pp. 142 ss. (de resto centrado na insolvência, mas no passo citado tratando do *Rechtsmissbrauch* como *conceito geral*); JÜRGEN BASEDOW, "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", cit., pp. 170 ss. (com referências particulares ao direito societário, pp. 175 ss., e processual civil internacional, pp. 179 ss.). V. *infra*, pp. 419 ss..

V. já sobre o tema (*abus de position de force*), em geral e no direito suíço anterior à atual lei federal de direito internacional privado, e testando a utilização de alguns institutos de direito civil suíço — designadamente o abuso de direito — no contexto da prorrogação, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, cit., pp. 185 ss..

registar a não introdução de qualquer preceito ou outra indicação expressa em Bruxelas Ia nesse sentido, sentencia que *"isso não exclui, no caso concreto, o recurso à proibição geral da proibição do abuso de direito, que se extrai do direito comunitário como princípio jurídico geral"*¹²²⁸. Ou a de BASEDOW, que, tendo em mente os efeitos da cláusula de escolha de foro sobre a "implementação prática" dos direitos das partes, é também explícito: *"some kind of review of the clause should be possible"*¹²²⁹.

À semelhança do que igualmente se nos afigura preferível, o foco de BASEDOW é, portanto, *"não a validade da cláusula, mas o exercício dos direitos que dela fluem"*, para o que se careceria de um instrumento mais *"fine-tuned"* do que o da apreciação da validade¹²³⁰. Ademais, a base jurídica para este controlo, isto é, o pano de fundo normativo contra o qual é medido o concreto exercício da cláusula jurisdicional, deverá

¹²²⁷ P. ex., REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Art 23, Rn. 181; NORBERT HORN, "Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. 23 EuGVO?", in *IPrax*, Heft 1, 2006, p. 4 (mas com abertura para o desenvolvimento futuro de um controlo jurídico-europeu do abuso). Na jurisprudência, pronunciando-se sobre um peticionado controlo substantivo do pacto enquanto cláusula contratual geral, nos termos do § 307 BGB, um tribunal hamburguês foi inequívoco no afastamento de qualquer argumento baseado em proibições de prorrogação ou derrogação derivados do direito material ou processual nacional, em face da afirmada *completude* da regulação do pacto de jurisdição através do artigo 23.º de Bruxelas I: "O art. 23.º afasta por completo o direito nacional. (...) Logo, tais proibições não podem atuar indiretamente por via de uma (não escrita) reserva contra o abuso (*Missbrauchsvorbehalt*); tal controlo do abuso não tem aqui lugar." — OLG Hamburg, 13 U 76/03, NJW 2004, Heft 43 3126-3128 (2004.04.14), p. 3128.

¹²²⁸ ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 801; v. tb. ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 74. Tão-pouco vendo na ausência de consagração explícita nos textos comunitários um impedimento, LAURENCE USUNIER, "Le règlement Bruxelles I bis et la théorie de l'abus de droit", cit., p. 465; favorável a um controlo do abuso jurídico-europeu em termos que evitem um *Eingriff* do direito nacional, CHRISTOPH THOLE, "Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht", cit., pp. 444-445.

¹²²⁹ JÜRGEN BASEDOW, "Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", cit., p. 21.

¹²³⁰ JÜRGEN BASEDOW, "Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", cit., p. 22. A propósito, no desdobramento do *Mißbrauchskontrolle* (à luz do direito alemão, na ZPO, não de Bruxelas I), entre *Inhaltskontrolle*, pelos padrões dos §§ 305 ss. BGB, mas também de um controlo de exercício (*Ausübungskontrolle*), nos termos do § 138 (1) BGB, v. tb. GERHARD WAGNER, "Art. 23 EuGVVO", cit., Rn. 118. Aí (mas v. já GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 382 ss.), o Autor desvaloriza a ausência de semelhantes controlos em Bruxelas I, com base na ideia de que o TJUE teria desenvolvido uma aceção de "forma" que não é "puramente formal", mas sim uma *Gültigkeitsform*, que exige indícios de uma efetiva e clara prestação de consentimento pelas partes: cfr. GERHARD WAGNER, "Art. 23 EuGVVO", cit., Rn. 119, 43.

ser, *primacialmente*, não a *lei nacional*, mas sim o *direito da União*¹²³¹. Embora se possa, e deva, dar primazia a este último, mesmo BASEDOW abre a porta à relevância, nesta sede, do direito nacional ("*an evasion of certain provisions of national law might also be disregarded as an abuse in the circumstances of a given case*"). Quanto às circunstâncias a serem tomadas em consideração neste exercício, propõe o Professor de Hamburgo que elas incluam: "o carácter remoto do tribunal escolhido em termos das suas ligações com as partes envolvidas; a relação entre o montante em disputa e os custos da litigância no tribunal escolhido; a relação entre estes custos e os custos análogos emergentes de litigância em um tribunal competente na ausência da cláusula de escolha de foro; as regras sobre custas aplicáveis nesses tribunais; a regra substantiva que seria evadida, posta em comparação com a correspondente regra aplicável no foro selecionado; e o significado dessa evasão, sopesado no confronto com a liberdade, salvaguardada pelo artigo 25.º, de as partes livremente escolherem a jurisdição competente". E conclui: "tais considerações conduzirão normalmente à aplicação da cláusula de escolha de foro. Todavia, poderá haver casos em que essa aplicação priva uma parte do seu *day in court*, e o Tribunal de Justiça não deveria perder a oportunidade de, em tais casos, servir a justiça, desenvolvendo o direito da União"¹²³².

5.5. «Limites internos» como instrumentos de controlo do exercício abusivo: deliberações inválidas

Após esta leitura de como, no plano jurídico-europeu, encontramos um quadro fundamental de proibições do exercício abusivo de um direito, ou de ilícito contorno ou

¹²³¹ Tb. neste sentido, v. já HOLGER FLEISCHER, "Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht", cit., p. 874, ou CHRISTOPH THOLE, "Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht", cit., p. 438.

¹²³² JÜRGEN BASEDOW, "Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", cit., pp. 22-23.

evasão a normas imperativas de direito europeu ou nacional, justifica-se uma indagação sobre de que modo esse quadro pode ser projetado em situações de abuso que os instrumentos jurídico-societários típicos permitam enfrentar.

Um primeiro ponto de apoio, nesse contexto, das doutrinas jurisdicionais que afirmam em geral a admissibilidade de um *controle do abuso* conduz-nos à matéria da *impugnação de deliberações sociais*.

A associação entre os questionamentos societários e jurisdicionais, na análise da validade de um pacto de jurisdição estatutário à luz das regras sobre deliberações anuláveis, foi já aludida. Recordemos como MÜLBERT expunha as dúvidas sobre qual deverá ser, afinal, o *papel relativo* das exigências *jurídico-societárias* e *jurídico-processuais*, no momento de analisar a *perfeição* de cláusulas estatutárias jurisdicionais, designadamente sobre se o direito das sociedades nacional permanece aplicável a estas, no que toca à sua validade e eficácia *enquanto disposições estatutárias*. A resposta do Professor de Mainz, como vimos, passava pela convocação do critério da *não violação da lei ou dos estatutos*, nos termos do § 243 (1) AktG, a que podemos fazer corresponder o artigo 58.º, n.º 1, *a*), do CSC¹²³³.

Recordemos, também, como MÜLBERT levantava a questão de saber se uma cláusula estatutária *jurídico-processualmente perfeita*, à luz de Bruxelas I, mas cuja introdução nos estatutos foi *jurídico-societariamente viciada*, poderia considerar-se *sanada*, nos termos em que se convalidam as deliberações sociais, não mais podendo ser atacada. Como sublinhámos, a resposta de MÜLBERT, não sendo taxativa (o Autor apenas refere o ponto de passagem), parece favorecer a aceitação da validade e eficácia da cláusula nos seus efeitos processuais, em face da circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em *Powell Duffryn*, remeter *globalmente (pauschal)* para o direito das sociedades nacional¹²³⁴.

¹²³³ V. *supra*, texto correspondente à n. 780.

¹²³⁴ PETER O. MÜLBERT, "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", cit., p. 340, n. 90.

Independentemente desta resposta, e antes de mais, vislumbramos naquela circunscrição do critério em torno do § 243 (1) da *Akitengesetz* uma imperfeita¹²³⁵ identificação do parâmetro (*jussocietário*) da conformidade do pacto de jurisdição com a ordem jurídica *societária*. Seja ele inserido ou não nos estatutos sociais — sendo que, se o for, poderá sê-lo *ab initio* e por conseguinte nunca ter sido sequer objeto de uma deliberação social, antes sim de um consenso “contratual” plasmado no ato constituinte da sociedade, pelo que a invocação das normas relativas aos vícios das deliberações sociais seria aparentemente deslocada —, a verdade é que a *conformidade jurídico-societária* não parece rigorosa ou necessariamente aferir-se em função dos critérios de *anulabilidade*, isto é, de procedência da *Anfechtungsklage* do § 243 AktG, e logo apenas do seu parágrafo 1.º.

A questão que aqui importa colocar, por conseguinte, é diversa: é a de aferir a aplicabilidade do *regime geral*¹²³⁶ de invalidade das deliberações sociais como

¹²³⁵ É, ao menos, em MÜLBERT, insuficiente a sua justificação.

¹²³⁶ A este *regime geral*, junta-se, no CSC, um interessante *regime especial* de invalidade das *deliberações de prestação de contas*. A *aprovação das demonstrações financeiras* é um momento fulcral da vida anual da sociedade: dela depende o *apuramento* e sequente *aplicação de resultados*, sendo que, no suposto de que tal seja possível em face da situação financeira da sociedade, daí se derivará a *distribuição de lucros aos sócios*. Pelo que se prescreve, no artigo 69.º do CSC, em três números: "1 — A violação dos preceitos legais relativos à elaboração do relatório de gestão, das contas do exercício e de demais documentos de prestação de contas torna anuláveis as deliberações tomadas pelos sócios. 2 — É igualmente anulável a deliberação que aprove contas em si mesmas irregulares, mas o juiz, em casos de pouca gravidade ou fácil correção, só decretará a anulação se as contas não forem reformadas no prazo que fixar. 3 — Produz, contudo, nulidade a violação dos preceitos legais relativos à constituição, reforço ou utilização da reserva legal, bem como de preceitos cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a protecção dos credores ou do interesse público". Assim, os desvios ao regime geral de invalidade consubstanciam-se, em resumo, no seguinte: são *anuláveis* (n.º 1) as deliberações que violem normas sobre a elaboração dos documentos de prestações de contas; são igualmente *anuláveis* (n.º 2) as que aprovem contas *em si mesmas irregulares*, com a diferença de que a *anulação* só terá lugar se não houver reforma das contas ordenada pelo juiz, nos casos de *pouca gravidade* ou *fácil correção*; são, porém, *nulas* (n.º 3) as deliberações que desrespeitem normas, ou relativas à *reserva legal*, ou protetoras (principal ou exclusivamente) dos *credores* ou do *interesse público*. Não obstante a falta de clareza em alguns pontos particulares desta regulamentação, a ideia fundamental é clara: pretende-se fomentar a *certeza jurídica* no que respeita aos documentos de prestação de contas (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Artigo 69.º", cit., anot. n.º 3; ANA MARIA RODRIGUES, "Prestação de contas e o regime especial de invalidade das deliberações previstas no art. 69.º do CSC", in *Miscelâneas, IDET, n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 154). Isso justifica-se plenamente se pensarmos em tudo o que, na prática societária e no relacionamento da sociedade com os mais diversos "stakeholders",

toma como ponto de partida indispensável a definição, por esta via, da situação financeira e patrimonial da sociedade, obtida, precisamente, a partir da elaboração das suas diferentes demonstrações financeiras; basta pensar na *aplicação de resultados*, com os potencialmente consequentes *exfluxos* de caixa para os sócios (e correlativa diminuição patrimonial para a sociedade); ou nas decisões da administração e dos sócios acerca do *financiamento* da sociedade, para as quais as contas aprovadas são um documento indispensável na negociação a empreender com os seus financiadores; ou ainda na *imagem* da empresa societária que é criada, influenciando a tomada de decisão de credores, investidores e outros utilizadores das demonstrações financeiras. Pois bem: a insegurança jurídica relativa ao relatório de gestão e a um conjunto de informações financeiras constantes daquelas demonstrações, com tal importância para a vida da sociedade e ao mesmo tempo envolvendo ou amparando significativamente terceiros nas suas tomadas de decisão relacionadas com a sociedade que presta as contas, é, por tudo quanto foi exposto, especialmente indesejável. Atentando, nesta sede, apenas na *sanção que decorre de cada uma das três normas*, é extremamente difícil encontrar uma explicação para o critério que preside à separação entre as hipóteses do n.º 1 e do n.º 2 do art. 69.º, ambas conduzindo porém, de igual modo, à *anulabilidade* da deliberação. Idêntica dificuldade se detecta na procura das razões que levam à delimitação dos casos de *anulabilidade* (n.ºs 1 e 2) em face dos de *nulidade* (n.º 3). COUTINHO DE ABREU, na procura desse critério, é da opinião de que o n.º 1 visa normas de projeção mais *formal* (quem elabora e assina as contas; a estrutura dos documentos de prestação de contas); ao passo que os n.ºs 2 e 3 visariam normas de projeção mais “*material*”, na “*substância*” (ou *expressão numérica das contas*)” (JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 483). A *ratio* do art. 69.º, conforme acima identificada, conduz-nos a aceitar que os casos de *anulabilidade* do art. 69.º não estão cingidos a aspetos *formais* ou *materiais*, abrangendo ambos. Isto é, em ambos os casos, a *irregularidade* das demonstrações financeiras (ou a sua *desconformidade com as estritas exigências contabilísticas*) provoca, à partida, a *anulabilidade* da deliberação social que as aprova. No entanto, se estiver em causa a violação dos preceitos identificados no n.º 3, é já a *nulidade* a sanção prescrita. Não obstante a já criticada falta de clareza do regime legal, cremos resultar da sua *ratio* que, a existir uma *regra*, ela é a da *anulabilidade*; e apenas perante a premência de outras exigências normativas, que se sobrepõem à segurança jurídica acautelada com a mera *anulabilidade*, se aceita a *nulidade* das deliberações nos casos do n.º 3 — mas *tão-só* quando os interesses que o regime defende possam ser ou sejam ofendidos. Entre os n.ºs 1 e 2, repare-se como a diferença está, *não na sanção* — que é idêntica: a *anulabilidade* da deliberação que padeça dos vícios aí indicados —, mas sim na *possibilidade de fixação judicial de um prazo para reforma das contas*. Dado que a *anulabilidade* também pode cessar *quando os sócios renovem a deliberação anulável mediante outra deliberação* (cfr. agora o art. 62.º, n.º 2), perguntar-se-ia se, afinal, os casos do n.º 1 e do n.º 2 não estariam em pé de igualdade em termos do seu regime jurídico. Subsiste, porém, a seguinte diferença: ao passo que a *renovação* depende do impulso *dos sócios*, que deliberam de novo (para o que podem ou não requerer um prazo ao tribunal: art. 62.º, n.º 3), a *reforma das contas* no prazo judicialmente fixado depende do impulso *do juiz*, que *só decretará a anulação* se a sua ordem de reforma não for devida e oportunamente cumprida. Por fim, o n.º 3 do art. 69.º, onde se prescreve a *nulidade*, foi acrescentado na revisão final do projeto que deu origem ao CSC. Ao que parece, ter-se-á entendido que, não obstante se justificasse, em geral, um reforço da *certeza jurídica* relativa aos atos de prestação de contas, consubstanciada numa subtração às hipóteses de *nulidade* em favor dos casos de *anulabilidade*, a verdade é que não se poderia aceitar outra sanção que não a nulidade quando estivéssemos perante dois grandes conjuntos de preceitos: os “*relativos à constituição, reforço ou utilização da reserva legal*”; e aqueles “*cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a protecção dos credores ou do interesse público*” (V. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades”, in A. PALMA CARLOS ET AL., *Novas perspectivas do direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 325. O art. 454.º, n.º 2, do CSC previa que “*a deliberação do conselho geral que aprove sem reservas as contas do exercício pode ser declarada nula no tribunal a requerimento de qualquer accionista ou, verificando-se ofensa de normas destinadas a*

instrumento de controlo do abuso da maioria que, pela via deliberativa, introduza ou modifique uma cláusula jurisdicional estatutária que seja apta a *satisfazer o propósito*, de um ou mais sócios, de conseguir, por essa via, *vantagens especiais, para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios*, ou ainda de *simplesmente prejudicar a sociedade ou outros sócios* (artigo 58.º, n.º 1, b), do CSC)¹²³⁷. Como é sabido, a sanção da *anulabilidade*, imposta pela ordem jurídica à *deliberação abusiva*, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, b), do CSC, é a afirmação de que falha um *elemento interno ou formativo* da deliberação¹²³⁸. Não obstante, o ato produz os seus efeitos e "é

proteger interesses de credores, também a requerimento destes, no prazo de 3 anos". Todavia, este preceito encontra-se revogado desde a Reforma de 2006; hoje, esta orientação encontra-se parcialmente vertida no art. 69.º, n.º 3. Sobre a relação entre aquela norma, ainda enquanto art. 453.º, n.º 1, do Projeto, e a ideia que subjaz ao atual art. 69.º, n.º 3, v. CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, "Sobre o artigo 89.º, n.º 2, do Projecto de Código das Sociedades", in *RDE*, Ano X/XI, 1984/1985, pp. 235-236; sobre a noção de *interesse público*, presente na muito semelhante formulação do § 241 (3) AktG, cfr. ULRICH HUBER, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", cit., pp. 178 ss.). Cfr., com indicações e análise mais pormenorizada (que aqui, ainda que muito resumidamente, seguimos de perto), ANA MARIA RODRIGUES / RUI PEREIRA DIAS, "Artigo 69.º - Regime especial de invalidade das deliberações", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 810 ss.; v. tb. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 480 ss.; RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA, "As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas", in *DSR*, vol. 5, 2011, pp. 216 ss.; e, brevemente indicando as preocupações principais do regime, PEDRO MAIA, "Deliberações dos Sócios", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 237, n. 42.

¹²³⁷ "A menos", continua e termina o preceito, "*que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos*". Sobre o (não linear) funcionamento desta *prova de resistência*, veja-se JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 505 ss..

¹²³⁸ Que pode, nas hipóteses mais comuns, associar-se a uma desconformidade entre o deliberado e o interesse social: v. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit., p. 136. Cfr. ainda REGINA REDINHA, "Deliberações sociais abusivas", cit., pp. 208 ss. (sobre a sanção da anulabilidade, v., expressivamente, pp. 221-222: "*Como se observou, o abuso de direito reprime arranjos de interesses revestidos formalmente de aparência de licitude, mas desproporcionais ou iníquos, tutelando o interesse da sociedade ou dos seus membros. Assim, o conteúdo da deliberação abusiva contende apenas com interesses transitórios que os sócios estão habilitados a fazer valer através do recurso à acção anulatória*"). Sublinhando as vantagens do artigo 58.º, n.º 1, b), por contraponto a uma mera invocação do *abuso de direito* do artigo 334.º do Código Civil, na sua alusão à boa fé, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Invalidades das deliberações sociais", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 34-35 (não só "*a boa fé é de uma vacuidade extrema*", como "*o art. 334 omite a consequência jurídica; fala em ilegítimo, a que não corresponde um sentido técnico*", por contraponto à expressa referência à *anulabilidade* no art. 58.º do CSC). Neste preceito, pode vislumbrar-se a sanção por uma *desfuncionalização* que, nas palavras de PAIS DE VASCONCELOS, nada tem, no direito privado, de ilícito em si; contudo, o que está em causa "*não é a simples desfuncionalização. É mais do que*

tratado como válido, enquanto não for julgada procedente uma acção de anulação"¹²³⁹. Isto é, enquanto os sujeitos para tal legitimados não intervierem com o propósito de destruir (retroativamente) os efeitos da deliberação anulável, porque abusiva, ela permanece eficaz, podendo mesmo convalidar-se por decurso do tempo. O desvalor que a ordem jurídica lhe associa não é suficiente para que, como na nulidade, possam os interessados, a todo o momento, promover a declaração da invalidade do ato.

São, aqui, de reiterar as mesmas limitações que há pouco apontámos a MÜLBERT: apenas ganha relevo este teste na medida em que o pacto de jurisdição tenha sido introduzido nos estatutos por deliberação social de alteração dos estatutos. Já não, quando conste *ab initio* do contrato social. Nesse pressuposto, na verdade, não temos dúvidas de que, em certas circunstâncias, poderão reunir-se as condições de aplicabilidade do regime das deliberações abusivas. Basta imaginar o sócio maioritário que, pretendendo afectar a posição do minoritário, promove uma deliberação de alteração do contrato que, fixando para todos os litígios societários (não sujeitos à imperativa exclusividade do foro da sede social¹²⁴⁰) a competência de um foro (mais) distante, dificulta *de facto* o acesso aos tribunais pelo sócio minoritário. É, na verdade, uma hipótese praticamente ponderável, que partilha uma certa analogia com o caso típico, há muito reconhecido, da deliberação de alteração da sede social para impossibilitar ou dificultar a presença de certos sócios (minoritários) nas assembleias gerais¹²⁴¹.

isso: é a desfuncionalização orientada à vantagem (especial) dos sócios ou de terceiros e ao detrimento da sociedade ou de outros sócios" — PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, A participação social, cit., p. 154.

¹²³⁹ Cfr. em geral CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 619-620; tb., no contexto deliberativo, PEDRO MAIA, "Deliberações dos Sócios", cit., pp. 234-235.

¹²⁴⁰ Cfr. de novo o art. 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia.

¹²⁴¹ Exemplo dado por JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 177, replicado tb. por PEDRO MAIA, "Deliberações dos Sócios", cit., p. 252. Em sentido assimilável ao que propomos em texto, cfr., com respeito às cláusulas compromissórias, FRANK EBBING, "Satzungsmäßige Schiedsklauseln", in *NZG*, 1999, p. 755, sugerindo a hipótese (sempre carecida, em cada caso, de *sorgfältige Prüfung*) de a deliberação maioritária que introduz a cláusula ser violadora de um "*dever jurídico-societário de lealdade de, na tomada de deliberações, tomar em consideração os interesses dos sócios minoritários*". O Autor, identificando como *sociedades de capitais* a *AG* e também a *GmbH*, refere-se aqui "sobretudo"

Avançando um pouco mais, é também de perguntar se, ainda que não se preencham as condições de aplicabilidade do regime das deliberações abusivas, haveria *outros vícios* que expusessem a introdução ou modificação de pacto de jurisdição estatutário à invalidade deliberativa.

Aqui, poderemos questionar se, no quadro dos direitos dos sócios, haveria algum *preceito legal imperativo* que pudesse considerar-se violado em virtude da inserção no pacto social de uma cláusula jurisdicional, com a sua conseqüente *nulidade*, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, *d*), do CSC¹²⁴². A alegação poderia passar por uma invocação da existência de *direitos de ação jurisdicional do sócio*, cuja configuração por meio de um pacto de jurisdição estatutário, com dado conteúdo e aprovado contra a sua vontade, consubstanciaria a vulneração de *preceitos legais imperativos* que consagram tais direitos.

Na verdade, a lei societária reconhece *direitos de ação judicial do sócio*¹²⁴³ — ou, poderemos dizer, direitos de ação *jurisdicional* do sócio, apenas para dar realce à circunstância de que o recurso ao foro *arbitral*, e não necessariamente apenas ao *judicial* (como que, por sinédoque, abrangendo os tribunais *estaduais*), é também uma possibilidade. Pode dizer-se que aqueles representam uma categoria de direitos dos

(*vornehmlich*) à *GmbH*, aludindo todavia também, sem excluí-la, a *AG* (p. 755), muito embora, quando adiante indica, por contraponto, as sociedades de pessoas, remeta para o que anteriormente dissera sobre os deveres de lealdade "*bei der GmbH*" (p. 756).

¹²⁴² Para JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, cit. (escrevendo antes do CSC), tendo em conta que "*o princípio do abuso de direito informa aquele esquema mínimo de organização das sociedades que o legislador há-de ter querido garantir*", o abuso deliberativo pode conduzir à *nulidade*, e não mera *anulabilidade*, de "*uma deliberação que, através do seu conteúdo, estabeleça, com carácter duradouro, uma disciplina divergente da imposta pelo princípio*" (p. 166); cfr. tb. JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, cit., pp. 673 ss. (nesse sentido, com diferenças, retomando entendimento já expresso em 1979); MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos sócios pelo voto", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 536, n. 70 (dando conta das opiniões dos Autores anteriormente citados).

¹²⁴³ Na expressão de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 195; dela partindo tb., v. com interesse DIOGO COSTA GONÇALVES, "Notas breves sobre a socialidade e a parassocialidade", cit., pp. 796 ss..

sócios, em sentido amplo, nos quais se desentranha a *socialidade* ou a *participação social*, incluindo-se, designadamente, o direito de impugnar deliberações (artigo 59.º), o direito de requerer inquérito judicial por falta de prestação de contas (artigo 67.º), o direito de propor ação social de responsabilidade, contra membros da administração ou fiscalização, a favor da sociedade (artigos 77.º, 81.º), ou o direito de propor ação de responsabilidade, para indemnização de danos diretamente causados aos sócios, por esses titulares de órgãos sociais, no exercício das respetivas funções (artigo 79.º do CSC). Em suma: estão incluídas as providências jurisdicionais que o sócio tenha legitimamente ao seu dispor para exigir o cumprimento, pela sociedade e/ou por determinados membros dos órgãos sociais, dos respetivos direitos sociais¹²⁴⁴.

Lembremos que, numa classificação difundida entre nós, nomeadamente na formulação que lhe dava FERRER CORREIA, podem identificar-se *direitos gerais inderrogáveis* dos sócios, dentro dos quais se subdistinguiriam os simplesmente *inderrogáveis* e os verdadeiramente *irrenunciáveis*¹²⁴⁵. Pois bem: poderia alegar-se que, entre os *direitos irrenunciáveis* dos sócios, estaria o "direito abstrato" do sócio de *propor no foro da sede social* as ações judiciais contra a sociedade, outros sócios ou membros de órgãos sociais (sempre, portanto, no quadro da socialidade). Ou, em construção mais ampla, o direito de as propor, não necessariamente naquele foro, mas num que resultasse de conexões objetivas, seja ligadas à própria sociedade (constituição, estabelecimento principal), ou antes aos (outros) sujeitos demandados (*maxime*, o respetivo domicílio).

Todavia, a incerteza de uma tal construção seria manifestamente inoportável. Lembremos a afirmação, por Vasco LOBO XAVIER, enquanto *direito irrenunciável*, do direito de "*requerer a anulação de deliberações ilegais ou anti-estatutárias*" — na medida, claro está, em que nos refirmamos ao "*«direito abstracto»*, ou melhor, quando com ela se quer significar que é nula a cláusula estatutária ou a deliberação, mesmo unânime,

¹²⁴⁴ V. RUI PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", cit., pp. 293-294, 300.

¹²⁴⁵ V. *supra*, pp. 392 ss..

*que restrinja o âmbito do status socii em relação ao aspecto mencionado", uma vez que em cada caso, diferentemente, o direito concreto ou atual é suscetível de renúncia*¹²⁴⁶. Para um tal litígio, existiria competência internacional exclusiva (artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia), pelo que a matéria está fora do espaço livremente convencional, tornando-se, nesse específico quadro, irrelevante a discussão. Mas apliquemos o mesmo arrazoado a um *direito de responsabilizar civilmente os membros dos órgãos sociais*, para cujo reconhecimento há bases sólidas na imperatividade dos artigos 64.º e 72.º do CSC, bem como nas restrições à exclusão ou limitação de responsabilidade e nas regras sobre renúncia e transação, todas do artigo 74.º do CSC. Há aí, em primeiro lugar, um espaço de *electio iudicis* legalmente reconhecido, na medida em que não se sujeitam tais matérias a qualquer competência internacional exclusiva. Não se vê, em segundo lugar, como o exercício da autonomia privada dentro desse espaço tivesse que ser coarctado, no sentido de que apenas a escolha do *foro da sede social*, ou outro dos indicados, fosse afinal compatível com a não vulneração do direito de ação abstratamente irrenunciável. Por outras palavras, não se vê como erigir o *acesso impreterível ao foro da sede social*, ou a qualquer outro daqueles *fora* objetivamente designados, como conteúdo integrante de um direito de ação judicial *abstratamente irrenunciável*. A imperatividade da competência exclusiva do foro da sede social, em Bruxelas Ia, ao restringir-se *tão-somente* às matérias indicadas no n.º 2 do seu artigo 24.º, é, senão a base de mais um argumento, ao menos um elemento que não milita em desfavor desta impositação. Em suma, é temerário afirmar em abstrato que o sócio teria *sempre* o direito à propositura de ações sociais no foro que objetivamente resultaria das regras de competência interna e internacional, com a consequência de que toda e qualquer deliberação social em sentido diverso estaria ferida de invalidade, tanto mais que nem o legislador português estabeleceu um imperativo foro

¹²⁴⁶ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 179, n. 76a; tb. p. 227, 99a. Sobre a dicotomia direito abstrato vs. direito concreto, numa sua aplicação especial quanto aos lucros de balanço, cfr. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço*, cit., p. 21; e, em geral, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 623 ss..

geral da socialidade, nem tão-pouco o legislador europeu estendeu a competência internacional exclusiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia para lá das questões de validade da constituição da sociedade e das deliberações dos seus órgãos. Parafraseando a judicatura inglesa, dir-se-ia que o reconhecimento de um direito de ação jurisdicional do sócio, como dimensão adjetiva de cada um dos direitos sociais tutelados, não envolve necessariamente uma garantia de *onde* essa tutela jurisdicional será efetivada, mas sim de que *em algum lado* ela o será¹²⁴⁷.

Depois, mesmo que assentássemos em que não estamos perante a violação de um qualquer *direito inderrogável*, resultante de algum dos *preceitos legais imperativos* a que genericamente se refere o artigo 56.º, n.º 1, a)¹²⁴⁸, poderia ainda alegar-se que, de algum modo, permaneceríamos sempre dentro daquele campo — mais amplo, mesmo que com aquele concêntrico, por referência ao dos direitos inderrogáveis irrenunciáveis — coberto pela *imperatividade das normas de proteção dos associados*, que não se cinge àqueles direitos. Com efeito, tal como há quatro décadas ensinava entre nós Vasco LOBO

¹²⁴⁷ Com efeito, em High Court of Justice (QB), *OT Africa Line Ltd v. Hijazy et al.*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 76 (2000.10.27), o tribunal inglês, quando confrontado com alegações baseadas numa violação do direito ao acesso à justiça, nos termos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, afirmou que o direito de "qualquer pessoa" a que "a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial", aí reconhecido, não trata propriamente a questão de determinar *onde* essa causa é examinada, mas sim de salvaguardar que *em algum lado* ("*somewhere*") a causa será *nesses termos* examinada: "Article 6 of the ECHR does not deal at all with *where* the right to a 'fair and public hearing before an independent and impartial tribunal established by law' is to be exercised by a litigant. The crucial point is that civil rights must be determined *somewhere* by a hearing and before a tribunal in accordance with the provisions of art. 6." (n.º 42). A propósito, veja-se a análise da interação entre este preceito e o DIP, na defesa de uma "*hybrid human rights/private international law approach*", por J. J. FAWCETT, "Article 6(1) of the ECHR and Private International Law", in *ICLQ*, vol. 56, January 2007, 2007, pp. 1 ss.; cfr. ainda brevemente, e na linha deste Autor, a rejeição das críticas à doutrina do *forum non conveniens* que se baseiam na invocação de uma desconformidade com aquele preceito, por DAGMAR COESTER-WALTJEN, "Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zum internationalen Zuständigkeit", cit., p. 504; por último, a propósito de uma decisão do TEDH de fevereiro de 2014, e com alusão a jurisprudência deste e do TJUE sobre a relação entre aquele art. 6.º e a aplicação de Bruxelas I, v. MARTA REQUEJO ISIDRO, "On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR (zu EGMR, 25.2.2014 — n.º 17502/07 — Avotiņš ./ Latvia)", in *IPrax*, Heft 1, 2015, pp. 69 ss..

¹²⁴⁸ É sabido que a expressão não é literalmente essa, mas sim "*preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios*": v. por todos PEDRO MAIA, "Deliberações dos Sócios", cit., pp. 244-245, n. 61, traçando a coincidência com os termos em que se exprime VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 153.

XAVIER¹²⁴⁹, não há de confundir-se uma tal categoria de direitos com "*meros reflexos de disposições legais que limitam o poder da assembleia geral*"; disposições essas que, muito embora não instituindo direitos, no "entendimento tradicional e comum", consagram dimensões de tutela da socialidade¹²⁵⁰. Não se vê, porém, como nem onde alicerçar a qualificação de uma *particular configuração objetiva* do direito de ação jurisdicional do sócio, como emerge dos preceitos que regem a vida societária, na ausência de distinta convenção, em tanto que *núcleo essencial*¹²⁵¹ da socialidade, de modo

¹²⁴⁹ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., pp. 171 ss., n. 76a.

¹²⁵⁰ Dando conta das primeiras críticas ao "tradicional recurso à figura dos direitos individuais ou inderrogáveis como explicação da invalidade de determinadas hipótese de deliberações sociais", v. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 174, n. 76a, referindo-se designadamente a TULLIO ASCARELLI, "L'interesse sociale dell'art. 2441 Cod. Civile, la teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari", in *Problemi Giuridici — Tomo II*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 540 ss. (p. 542: "*La dottrina corrente parlando genericamente di violazione di «diritti individuali» confonde appunto, a mio modesto avviso, due ipotesi: la disciplina della posizione di azionista e le norme all'uopo sottratte alla discrezionalità dell'assemblea (...)»*).

¹²⁵¹ Com efeito, a *Kernbereichslehre* é uma das doutrinas que atuam no domínio dos *mecanismos de proteção* do sócio contra as intervenções da maioria, conforme teorizada na Alemanha tendo sobretudo como pano de fundo as sociedades de pessoas (nestas se incluindo a GmbH), a par da noção de direitos inderrogáveis (tanto os *relativ* como os *absolut unentziehbar Mitgliedschaftsrechte*), da proibição de aumento das prestações impostas aos sócios (*Belastungsverbot*, ao jeito do nosso artigo 86.º, n.º 2, do CSC) e ainda de um controlo do exercício não abusivo do direito de voto, medido pelos deveres de lealdade e de igualdade de tratamento dos sócios. Cfr. HANS-GEORG KOPPENSTEINER, "Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G", in *GesRZ*, 2009, pp. 197 ss., ou, mais resumidamente mas com expresse apoio na sistematização do Professor de Salzburg, KLAUS ULRICH SCHMOLKE, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht — Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 526 ss.. Embora no contexto arbitral, e partindo da posição então minoritária na Alemanha que aceitava a vinculação de sócios ausentes, discordantes e futuros à cláusula compromissória estatutária, veja-se FRANK EBBING, "Satzungsmäßige Schiedsklauseln", cit., p. 755, no sentido de que uma tal cláusula não afectaria o *Kernbereich* dos direitos sociais. Sobre um entretanto abandonado *Bestimmtheitsgrundsatz*, a que se referia uma jurisprudência do BGH, de 2007, conhecida como *Otto-Entscheidung* (BGH, *Feststellung des Jahresabschlusses einer Personengesellschaft als von Mehrheitsklauseln gedeckte Angelegenheit laufender Verwaltung*, II ZR 245/05 (OLG Hamburg), NJW 2007 1685-1690 (2007.01.15); sobre esta, cfr. KARSTEN SCHMIDT, "Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften — Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem "Otto"-Urteil des Bundesgerichtshofs", in *ZGR*, 2008, pp. 1 ss., ou HERBERT WIEDEMANN, "Mehrheitsbeschlüsse und Gesellschafterschutz in Personengesellschaften", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, pp. 1491 ss.; v. ainda o acórdão, em 2008, do BGH, *Mehrheitserfordernisse bei Stimmrechtskonsortien — Schutzgemeinschaftsvertrag II*, II ZR 116/08 (OLG Karlsruhe), NJW 2009 669-673 (2008.11.24)), vejã-se dois acórdãos da mesma data, em 2013, daquele tribunal federal: BGH, *Änderungsbeschlüsse bei Publikumpersonengesellschaften* —

que uma tal convenção seria sempre e *em abstracto* vulneradora desse suposto núcleo. Ainda que o pacto de jurisdição configure os direitos sociais do sócio num dos momentos mais relevantes, o do seu exercício em juízo, normalmente posto em marcha apenas em face de uma potencial ou atual vulneração, é portanto frágil — e assim respondemos a uma primeira dúvida surgida perante a análise do texto de WEBER¹²⁵² — entender que a mera (re)configuração da tutela jurisdicional por meio de convenção, não a abandonando os sócios ao funcionamento das regras comuns de jurisdição, afectaria nuclearmente, sempre e *em abstracto*, esses direitos.

Pode, enfim, dizer-se, após o cotejo de alguns hipotéticos argumentos baseados nas ideias de abuso e bem assim da violação de preceitos legais imperativos, qualquer deles operados através de uma deliberação social que introduzisse ou modificasse uma cláusula jurisdicional estatutária, que a sua mobilização, desde logo cogitável no plano teórico, se afigura praticável em algumas hipóteses assimiláveis a *deliberações abusivas*, nos termos do artigo 58.º do CSC. Já no que respeita às nulidades do artigo 56.º do CSC, a mobilização do preceito não se nos afigura a mais azada para a tutela do sócio contra a pontual maioria que, nesta matéria em particular, atue em seu detrimento.

5.6. «Limites internos» como instrumentos de controlo do exercício abusivo (cont.): dever de lealdade

Conforme indicado no ponto anterior, as alegações a que nos referimos não valerão em todos aqueles casos em que o pacto de jurisdição societário conste dos

Aufhebung eines Einstimmigkeitserfordernisses, IV ZR 251/10 (KG), NZG 2013 57 (2012.10.16); BGH, *Beschlussfassung in Publikumpersonengesellschaften — Änderung gesellschaftsvertraglicher Mehrheitsklauseln*, IV ZR 239/11 (KG), NZG 2013 63 (2012.10.16); sobre estes, por último, v. JOHANNES WERTENBRUCH, "Quorumsabänderung und zweistufige Beschlusskontrolle ohne Bestimmtheitsgrundsatz", in NZG, 2013, pp. 641 ss.; CARSTEN SCHÄFER, "Vom Einstimmigkeitsprinzip zum treupflichtgetragenen Mehrheitsentscheid im Personengesellschaftsrecht", in ZGR, 2013, pp. 237 ss..

¹²⁵² V. *supra*, p. 329 (texto correspondente à n. 834).

estatutos *desde a celebração do contrato de sociedade*, uma vez que não há *deliberação* adotada que possa ser *anulada*, porque *abusiva*, ou de outro modo desconforme com a ordem jurídica societária.

Ademais, tais razoamentos tão-pouco valerão perante todos aqueles casos em que, confrontando-se a adoção da cláusula atributiva de jurisdição, por meio de deliberação social, com a ordem jurídica societária, não haja a comprovada violação de *preceitos legais imperativos*, fundamental para o provimento do pedido de declaração de *nulidade* da deliberação social.

Daí que, nesta hora, se imponha indagar sobre a possibilidade de ser convocado um outro instrumento de controlo, designadamente por via da afirmação do *dever de lealdade*.

Recordemos como, historicamente, no contexto em que nos movemos, os *limites internos* ou *intrínsecos* ao poder da maioria — ou, correlativamente, à sujeição a uma decisão alheia ou mesmo contrária à vontade do sócio — se expressaram na receção societária de uma tutela pelo *abuso de direito*, e bem assim pela afirmação de um *dever de lealdade* entre os sócios¹²⁵³.

O dever de lealdade, objeto de atenção crescente da nossa doutrina da última década¹²⁵⁴, "*impõe*", na formulação de COUTINHO DE ABREU, "*que cada sócio não actue de modo incompatível com o interesse social* (interesse comum a todos os sócios enquanto tais) *ou com interesses de outros sócios relacionados com a sociedade*"¹²⁵⁵. A *não incompatibilidade*, nesta lição, como noutras, é entendida como a expressão de um

¹²⁵³ PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 199, 203.

¹²⁵⁴ Veja-se como JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., mantendo embora em texto, de 2015, a referência das edições anteriores à "*muito pouca atenção entre nós*" dedicada ao dever de lealdade (p. 282), regista em nota que, "*entretanto, o panorama tornou-se mais amplo e rico*" (p. 282, n. 682).

¹²⁵⁵ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso* — vol. II, cit., p. 282 (sublinhados no original).

conteúdo mais "negativo (de omitir ou não fazer) que positivo (de promover ou fazer)"

1256

O dever de lealdade integra a posição social do sócio, no seu lado passivo, independentemente de uma concreta relação de maior ou menor proximidade e confiança entre ele e os demais¹²⁵⁷. Essa indiscriminação vale para a sua *existência*; no que respeita à sua *intensidade*, esta dependerá daquela relação, para o que contam, como caracteres definidores dos seus termos, não apenas o tipo legal societário em causa, mas também as concretas feições, mais ou menos personalísticas, que, por vontade dos sócios, sejam estatutariamente conformadas, além das próprias características dos sócios em si mesmos considerados. Em suma, na locução de PAIS DE VASCONCELOS, não apenas o *tipo legal*, mas também o *tipo social* da sociedade e dos sócios¹²⁵⁸.

¹²⁵⁶ V., assim tb., para lá de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 282-283 (citado em texto), FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., numa interessante incursão que articula a posição do sócio *contrato* e na *estrutura* com a pretensa afirmação de um "dever geral de boa fé ou de fidelidade a cargo dos sócios", aí negado enquanto dever geral de comportamento (não obstante a proteção do sócio por outras vias, tais como o artigo 58.º, n.º 1, b), do CSC), pp. 527 ss., sobretudo pp. 545 ss.; quanto à relação entre este último arrazoado e o de COUTINHO DE ABREU, "num sentido que, sendo semanticamente não coincidente, não é essencialmente distinto, no que concerne estritamente ao problema do dever de actuação", v. de novo FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, cit., pp. 554-555, n. 951. Em sentido diverso ("Sem prejuízo da especificidade concreta, pode dizer-se que o dever de lealdade exige dos sócios que cooperem entre si e com a sociedade para a prossecução do fim comum (formulação positiva) e que não a dificultem ou impeçam (formulação negativa)", PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., p. 334, e mais detidamente a pp. 356-357, onde desvaloriza o pendor mais negativo ou positivo no dever de lealdade "em si mesmo considerado" (p. 357: "não tem muito sentido distinguir entre o dever de ser leal e o dever de não ser desleal"), mas concorda que a "concretização" desse dever "é mais negativa que positiva".

¹²⁵⁷ MARCUS LUTTER, "Die Treupflicht des Aktionärs — Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH", in *ZHR*, vol. 153, 1989, p. 455. Mas nem sempre foi assim, como aí se descreve (esp. pp. 453-457); v. tb. tb. UWE HÜFFER, "Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel", in JÜRGEN F. BAUR / KLAUS J. HOPT / K. PETER MAILÄNDER (HRSG.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1990, pp. 59 ss.; entre nós, para uma detida análise histórica sobre as feições deste dever e sua evolução, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "A lealdade no direito das sociedades", in *ROA*, 66., 2006, pp. 1033 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 451 ss..

¹²⁵⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., pp. 312 ss.. V. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 286 ("o conteúdo e extensão do dever variam consoante o tipo legal societário e (sobretudo) a natureza mais personalística ou capitalística da concreta sociedade (de qualquer tipo), e a posição ou poder dos sócios"); MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, cit., pp. 545 ss. (ou MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos sócios pelo voto", cit.,

No quadro em que nos movemos, a lealdade pode, em teoria, atuar de dois modos distintos: o primeiro, ainda em articulação com o que dissemos no ponto anterior¹²⁵⁹, é o de a desconformidade de uma conduta com o dever de lealdade se afirmar como um fundamento de anulabilidade de uma deliberação, por via da vulneração do interesse social¹²⁶⁰; e o segundo, autonomamente, é o de na sua base fundarmos a inadmissibilidade jussocietária de uma concreta conduta jurisdicional.

pp. 521 ss.). Na Alemanha, sobre o caso *Linotype* (BGH, *Linotype*, II ZR 75/87 (Frankfurt), NJW 1988 1579-1582 (1988.02.01)), em que se caminhou decisivamente no reconhecimento do dever de lealdade também entre acionistas (do teor do acórdão: "*Eine gesellschaftsrechtliche Treupflicht besteht auch zwischen den Aktionären (...)*", com interessantes esclarecimentos, por referência a jurisprudência anterior (i) de 1954, que, embora decidindo sobre a GmbH, partia do princípio de que o dever existia entre acionistas e a AG (BGH, *Zur Wirksamkeit eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Vertrages; Abtretung eines Teilgeschäftsanteils; Schranken der Ausübung des Stimmrechts des GmbH-Gesellschafters*, II ZR 70/53 (Hamburg), NJW 1954 1401-1402 (1954.06.09)) e (ii) de 1955, em que todavia se negara uma verdadeira *Sonderverbindung* também entre acionistas (BGH, *Unterzeichnung von Entscheidungen durch nichtbeteiligte Richter; Ausschließung eines Gesellschafters aus einer KG*, II ZR 310/53 (Stuttgart), NJW 1955 1919-1921 (1955.10.27)), algo que agora (em 1988) o BGH atribui a uma *sobrevalorização* da estrutura corporativa da *Aktiengesellschaft*, no confronto com as sociedades de pessoas (v. esp. pp. 1581-1582)), v. MARCUS LUTTER, "Die Treupflicht des Aktionärs", cit., pp. 446 ss., *maxime* pp. 453 ss.. Para breve alusão ao desenvolvimento jurisprudencial alemão, que nesse particular começa em *ITT* (BGH, *Verletzung der gesellschaftlichen Rechtspflicht zur Rücksichtnahme*, II ZR 23/74 (Düsseldorf), NJW 1976 191-192 (1975.06.05)), com anotação de Peter ULMER, pp. 192-193), e chega a *Girmes* (BGH, *Treupflicht der Minderheitsaktionäre einer AG und Haftung des Stimmrechtsvertreters (Girmes)* II ZR 205/94 (Düsseldorf), NJW 1995 1739-1750 (1995.03.20); sobre este acórdão, em que se abordou o paralelismo entre a responsabilidade decorrente do § 117 AktG e a violação do dever de lealdade, com a consequência de se alargar também a esta (à violação do dever de lealdade) o "privilégio" da exclusão da responsabilidade quando o ato se baseia no exercício do direito de voto em assembleia geral (o antigo § 117 (7) 1 AktG, entretanto revogado em 2005; cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 24 ss. e *passim* (no confronto com o art. 83.º do CSC)), v. MICHAEL KORT, "§ 117", in KLAUS J. HOPT / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, 24. Lieferung (§§ 95-117), 4. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2005, Rn. 243 ss.; HANS-CHRISTOPH VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 90-91; ainda sobre *Girmes* mas em geral, v., entre muitos, EKKEHARD WENGER, "Der Fall Girmes — ein Stück aus dem Tollhaus", in *ZIP*, 14., Heft 5, 1993, pp. 321 ss.; MEINRAD DREHER, "Die Schadensersatzhaftung bei Verletzung der aktienrechtlichen Treupflicht durch Stimmrechtsausübung — Zugleich eine Besprechung des Urteils des LG Düsseldorf ZIP 1993, 350 — "Girmes/Effecten-Spiegel"", in *ZIP*, 14., Heft 5, 1993, pp. 332 ss.), veja-se entre nós JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., pp. 285-286, n. 695; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., pp. 462 ss.; e, desenvolvidamente, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, cit., *maxime* pp. 191 ss..

¹²⁵⁹ Aliás, também por isso intitulámos este ponto como uma *continuação* (cont.).

¹²⁶⁰ V. em particular MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos sócios pelo voto", cit., pp. 528 ss., e *infra*, texto correspondente à n. 1399.

Lembrando o exemplo do Delaware¹²⁶¹, recuperemos os termos em que o novo § 115 da DGCL proíbe as *forum selection provisions* que precludam a competência dos tribunais desse Estado em matéria de *internal corporate claims*. Como vimos, o diploma de aprovação junto do Senado estadual esclarece que, do novo preceito, não deve deduzir-se um impedimento ou restrição à avaliação da compatibilidade dos "*específicos termos*" ou do "*modo de adoção*" da cláusula, nomeadamente, com "*as relevantes obrigações fiduciárias*"¹²⁶², a que podemos assimilar tanto os *deveres legais gerais* dos administradores como os *deveres de lealdade* impendentes sobre os sócios¹²⁶³.

Lembremos igualmente que, em *Powell Duffryn*, o Advogado-Geral TESAURO propugnava um verdadeiro controlo da coerência e razoabilidade da escolha do foro competente: fundando-se em *Tilly Russ* e *Estasis Salotti*, bem como na consagração, em 1978, nas regras jurisdicionais de Bruxelas, dos *usos do comércio internacional* como nova possibilidade formal, TESAURO via aqui a abertura para aquele controlo. E dava, sem hesitação, a sua resposta geral ao problema: apenas a eleição do *forum societatis* seria, do seu ponto de vista, admissível¹²⁶⁴ — no que, porém, como é sabido, não foi acompanhado pelo Tribunal naquela decisão.

Compreensivelmente, a pronúncia do Advogado-Geral não foi mais fundo na definição dos pressupostos societários desta sugestão. Aproveitando-a, não na solução mas na colocação do problema, sempre poderemos dizer que tanto o anterior exercício, de confronto da deliberação de inserção no pacto da cláusula atributiva de jurisdição com as

¹²⁶¹ V. *supra*, pp. 416 ss..

¹²⁶² Cfr. <http://legis.delaware.gov/LIS/lis148.nsf/vwLegislation/SB+75?Opendocument>, por último acedido em 27.8.2015.

¹²⁶³ Toda a jurisprudência do Delaware (e não apenas desse Estado, mas nele nos concentramos) vai no sentido da afirmação de deveres de lealdade, não apenas de administradores, mas também dos sócios em várias circunstâncias: cfr. por todos a jurisprudência *infra* indicada, n. 1269.

¹²⁶⁴ Cfr. TJUE, *Conclusões do A.-G. Tesouro (Powell Duffryn)*, 1991.11.20, cit., n.º 12, p. I-1767: "*Voltando ao caso vertente e para sermos ainda mais claros, observamos que, tendo em conta a escolha do forum societatis feita pela maior parte dos ordenamentos, uma escolha análoga que é consignada pelos sócios nos estatutos da sociedade não só corresponde aos requisitos de forma exigidos como é também a única escolha que é coerente e razoável face às escolhas de facto e/ou de direito em uso no sector em questão.*"

exigências normativas presentes em sede deliberativa (em matéria de anulabilidade e ainda de nulidade), como este último exercício de confronto da invocação da cláusula com os deveres de lealdade que impendem sobre os sócios consubstanciam formas, *jurídico-societariamente* fundamentadas, para a justa intervenção de um controlo de coerência e razoabilidade da escolha (e exercício dessa escolha) do foro competente.

A importância de instrumentos como o dever de lealdade é particularmente de sublinhar num contexto, como o societário, em que as características da socialidade e das posições ativas e passivas dos sócios não se reconduzem ao simples esquema contratual sinalagmático, com prestações recíprocas de conteúdo à partida bem delimitado. Antes carece, a compreensão exata e a individuação do conteúdo das posições em que se afirma a socialidade, de um constante confronto entre os princípios fundamentais da ordem jurídica societária e o exercício dos direitos ou faculdades em abstrato reconhecidos aos sócios.

Isso mesmo é patente nas teorizações continentais sobre o dever de lealdade, que nele veem desde uma cláusula geral¹²⁶⁵ a um princípio jurídico estruturante do direito das sociedades¹²⁶⁶, a um dever ancorado no princípio da boa fé¹²⁶⁷ ou a uma emanção da "*natureza da sociedade enquanto instrumento para a consecução de determinado fim ou a satisfação de interesses sociais*"¹²⁶⁸. E semelhante dedução se retira do cotejo da tradição americana, de modo aliás potenciado pelas características da *Common Law* e

¹²⁶⁵ V. p. ex. UWE HÜFFER, "Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel", cit., *maxime* pp. 68 ss. (para breve crítica, cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, cit., p. 199); tb. ALEXANDER HELLGARDT, "Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, pp. 765, 774.

¹²⁶⁶ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, cit., p. 545.

¹²⁶⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades - I*, cit., sobretudo pp. 469-470 (falando em "*aproximação ao princípio da boa-fé*", que "*permite a dogmatização da ideia de sistema*", e realçando as "*vias de concretização deste instituto: tutela da confiança (p. ex., proibição de venire contra factum proprium) e primazia da materialidade subjacente (p. ex., proibição de atos emulativos)*"); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, cit., pp. 203 ss..

¹²⁶⁸ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso — vol. II*, cit., p. 285.

com uma especial qualificação no Delaware e nas decisões dos seus tribunais de *equity*¹²⁶⁹. Em qualquer das construções, redundamos na afirmação da impraticabilidade de uma completa definição prévia das hipóteses em que atua a lealdade — ainda que, naturalmente, os desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários ajudem a moldar um conteúdo normativo que não se pretende em absoluto indeterminado. O direito societário é compreensivelmente fecundo em manifestações desta índole: com frequência, a tutela social somente ganha sentido em face, não ainda da (estática) delimitação de posições ativas e passivas emergentes da relação societária, mas sim do (dinâmico) exercício de uma das faculdades em que se desentranhe a socialidade. Se desta ideia há bastas corporizações no direito civil em geral, é porventura iluminadora, em paralelo, a análise de ASCARELLI, quando explora a diferenciação entre *ato* e *atividade*, para a partir daí expor a não apropriada aplicação das civilísticas sanções de nulidade, pensadas com o *ato* e *negócio jurídico* em pano de fundo, à *atividade*, que, como "*série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum*", poderá "*ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula*"¹²⁷⁰. Traçamos este paralelo apenas para insistir em que é particularmente qualificada, no direito societário, a necessidade de atender à *dinâmica* da socialidade, não obstante a pulsão comercialista para a certeza e segurança jurídica imponha particular ponderação no juízo que haja de formular-se.

¹²⁶⁹ Com o *Court of Chancery* em primeira instância e o *Supreme Court* em sede de recurso. Valem aqui como *authorities* a reter, no que diz respeito à *loyalty* devida em situações de *self-dealing* e à posição do *controlling shareholder*, Supreme Court of Delaware, *Alan R. Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc. et al.*, 638 A.2d 1110 (Del. 1994) (1995.04.05); Supreme Court of Delaware, *Alan Russell Kahn v. Tremont Corporation et al.*, 694 A.2d 422 (Del. 1997) (1997.06.10); Del. Ch., *Joseph Orman v. Edgar M. Cullman, Sr. et al.*, 794 A.2d 5 (Del. Ch. 2002) (2002.02.26). Para breve referência genérica (*i.e.*, não dedicada ao Delaware), entre nós, ao sistema estadunidense de fontes de direito societário, JOÃO ESPÍRITO SANTO, "O sistema «societário» norte-americano", in *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 155 ss.; em geral quanto aos tribunais de *equity*, v. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, cit., pp. 225 ss..

¹²⁷⁰ TULLIO ASCARELLI, "O empresário", in *RDM*, Ano XXXVI (Nova Série), 1998, pp. 183 ss. (citámos a pp. 183, 184).

Sublinhe-se que o recurso a instrumentos *jussocietários* de controlo do exercício abusivo de posições sociais ativas não é vedado pelo direito da União Europeia, como aliás a atendibilidade, pela jurisprudência europeia, da necessária *conformidade com o direito societário nacional e os estatutos*, ao interpretar o Regulamento de 2000 e os seus antecessores convencionais (e sem que haja alterações nesta sede em 2012), bem demonstra.

E não se pode dizer que o recurso a princípios ou normas de direito societário, *nacional*, como são os que regem as deliberações sociais e os que fazem impender sobre os sócios deveres de lealdade, seria vedado por outras considerações porventura alicerçadas num primado do direito da União Europeia: bem pelo contrário, em casos como *Kefalas*, é o próprio Tribunal de Justiça a colocar em letra de forma que "*não poderá considerar-se contrário à ordem jurídica comunitária que os órgãos jurisdicionais nacionais apliquem uma norma nacional (...) para apreciar se um direito decorrente de uma disposição comunitária é exercido de forma abusiva*"¹²⁷¹. O recurso ao direito societário nacional, por conseguinte, permanece franqueado pelo direito da União Europeia, importando manter presente a abertura que o Tribunal de Justiça afirmou com respeito à necessária conformidade da adoção das cláusulas jurisdicionais com o direito das sociedades nacional, tal como desde os começos deste estudo fomos sublinhando.

Assim, a concatenação entre as descritas exigências *societárias* e o entendimento que subscrevemos sobre o possível controlo do exercício ou invocação abusivos, no plano *jurisdicional*, de cláusulas atributivas de jurisdição, permitem afirmar a relevância incotornável daquelas exigências no momento de aferir a propriedade e os termos da intervenção deste controlo.

¹²⁷¹ TJUE, *Kefalas*, 1998.05.12, cit., n.º 21.

6. Competência internacional exclusiva da sede social (artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia)

6.1. Introdução e fundamentos do preceito

Como é sabido¹²⁷², o n.º 2 do artigo 24.º de Bruxelas Ia estabelece uma regra de conflitos de jurisdições para determinadas matérias societárias: têm competência internacional exclusiva, "*independentemente do domicílio das partes*", "[e]m matéria de validade da constituição, de nulidade ou de dissolução de sociedades ou de outras pessoas coletivas ou associações de pessoas singulares ou coletivas, ou de validade das decisões dos seus órgãos, os tribunais do Estado-Membro em que a sociedade, pessoa coletiva ou associação tiverem a sua sede." A finalizar a disposição: "*Para determinar essa sede, o tribunal aplica as suas regras de direito internacional privado.*"

Num dos primeiros textos sobre a Convenção, ainda em face do seu projeto, eram indicadas as vantagens de uma correlação *forum-ius*, no quadro da justificação da competência exclusiva em matérias societárias: potenciar-se-ia o *paralelismo* ou *coincidência* entre o *tribunal competente* e a *lei aplicável*, uma vez que, sendo frequentemente reconhecida como competente, nestas matérias, a lei do Estado da sede da sociedade, seriam deste modo também os tribunais desse Estado os internacionalmente competentes. Tribunais estes que poderiam, por conseguinte, aplicar a respectiva lei interna¹²⁷³. Ademais, são apontadas várias outras razões na base da criação de uma

¹²⁷² V. já *supra*, texto correspondente à n. 569.

¹²⁷³ Cfr. ARTHUR BÜLOW, "Vereinheitliches Internationales Zivilprozessrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — Der Entwurf eines Abkommens über die internationale Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen", in *RabelsZ*, 29, 1965, p. 491, n. 66: "*A exclusividade da competência segundo a sede da sociedade ou da pessoa jurídica baseia-se na observação de que a sede é também determinante para o direito societário. Através da conexão da sede deverá conseguir-se que os tribunais do Estado contratante, cujo direito é competente para a sociedade, se*

competência exclusiva nesta matéria: a exclusividade proporciona uma *concentração da competência (Zuständigkeitskonzentration)* no Estado da "sede", que favorece o reforço da *certeza jurídica*, pois reduz-se o risco de decisões judiciais contraditórias; a tutela de *interesses do comércio jurídico*, porquanto podem estar em causa, não apenas os interesses das partes no processo, mas também os de terceiros que se relacionam com a sociedade; a garantia do cumprimento das formalidades de registo e publicidade a que estão sujeitas as sociedades no Estado da sua sede, bem como de preceitos imperativos dessa lei; e uma possível coincidência, em muitos casos, com a regra geral de competência do tribunal do domicílio do réu¹²⁷⁴.

Na afirmação de uma competência internacional exclusiva com estas feições, sobressaem *interesses públicos (estaduais)*, por contraposição a *interesses das partes* (como poderiam ser a proteção de uma parte mais fraca, ou a garantia da efetividade do consentimento de uma parte, por exemplo). Assim se explica o modo como a intervenção conformadora das partes no litígio está praticamente excluída. Com efeito, não só a escolha de foro por meio de pacto de jurisdição, prévio ou superveniente ao surgimento do litígio, é proibida pelo artigo 25.º, n.º 4, de Bruxelas Ia, como a possibilidade de

mantenha em exclusivo competente". V. tb. EVA BRUHNS, *Das Verfahrensrecht der internationalen Konzernhaftung*, cit., p. 387.

¹²⁷⁴ V. PAUL JENARD, "Report", cit., p. 35; FAUSTO POCAR, "Report", cit., n.º 97; JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 33; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Art 22", cit., n.º 38; PETER MANKOWSKI, "Art 22 Brüssel I-VO", cit., Rn. 28; STEFAN LEIBLE, "§ 12 — Internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen ausländische Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz", in HERIBERT HIRTE / THOMAS BÜCKER (HRSG.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften — Ein Praxishandbuch*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Berlin, München, 2006, p. 414; REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., Rn. 139; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA / DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, cit., p. 116; EVA BRUHNS, *Das Verfahrensrecht der internationalen Konzernhaftung*, cit., p. 140. Na jurisprudência do TJUE, remetendo explicitamente para o Relatório JENARD, cfr. TJUE, *Hassett / Doherty*, 2008.10.02, cit., n.º 20: "*o objectivo essencial prosseguido por esta excepção, que prevê a competência exclusiva dos tribunais do Estado-Membro da sede de uma sociedade, é o de centralizar a competência para evitar decisões contraditórias no que respeita à existência de sociedades e à validade das deliberações dos seus órgãos*". O elenco teleológico apresentado em texto consta já de RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional", cit., pp. 52 ss., que seguimos de perto, como primeiro ponto de apoio (e assim tb. RUI PEREIRA DIAS, "Conflitos de Jurisdições e Direito das Sociedades", cit., pp. 128 ss.), não obstante os desenvolvimentos ora introduzidos.

submissão tácita ao foro demandado por via de comparência em juízo, mesmo que informada e consciente de todas as consequências daí advenientes, foi precludida pelo legislador europeu, ao expressamente determinar que o artigo 26.º de Bruxelas Ia não é aplicável "*se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 24.º*". Ao invés, como sabemos, a essa comparência em juízo é reconhecida eficácia quando contradiga prévio pacto de jurisdição (celebrado nos termos do artigo 25.º) ou outras regras legais de competência internacional, inclusivamente as de proteção da parte mais fraca¹²⁷⁵ — com a mitigação, todavia, introduzida pelo n.º 2 do artigo 26.º de Bruxelas Ia¹²⁷⁶.

Enquanto *regra excepcional*¹²⁷⁷, no confronto com as *regras gerais de competência* do Regulamento, o n.º 2 do artigo 24.º deve ser *interpretado restritivamente*. Dita-o a circunstância de que, nas palavras do Tribunal de Justiça, regras como esta "*têm como efeito privar as partes da escolha do foro que de outra forma seria o seu e, em certos casos, fazê-las comparecer perante um órgão jurisdicional que não é o do domicílio de nenhuma delas*"¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ V., a propósito, HAIMO SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, cit.: para o Autor, resultaria desta diferença de tratamento entre as competências internacionais exclusivas e as outras hipóteses citadas em texto que a base para a aceitação da comparência em juízo como fundamento de competência não se fundaria na ideia de um *tácito* acordo jurisdicional, mas sim de uma "*prozessuale Präklusion*" (cfr. Rn. 552).

¹²⁷⁶ Sobre esta v. já *supra*, texto correspondente às nn. 573 ss..

¹²⁷⁷ A propósito da exclusividade como exceção, v. com interesse DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law: Will They Ever Survive?", in HEINZ-PETER MANSEL / THOMAS PFEIFFER / HERBERT KRONKE / CHRISTIAN KOHLER / RAINER HAUSMANN (HRSG.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, Sellier European Law Publishers, München, 2004, pp. 171 ss.; mais desenvolvidamente, DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", in *Recueil des Cours*, t. 323 (2006), 2008, *maxime* pp. 80 ss..

¹²⁷⁸ TJUE, *Hassett / Doherty*, 2008.10.02, cit., n.º 19, aludindo também a jurisprudência anterior do Tribunal, e confirmado por TJUE, *BVG v. JPMorgan Chase*, 2011.05.12, cit., n.º 30; TJUE, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS v. Starptautiskā lidosta Rīga VAS et al.*, C-302/13 (2014.10.23), n.º 40. Cfr., entre muitos, JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 34; JONATHAN HILL / ADELIN CHONG, *International Commercial Disputes — Commercial Conflict of Laws in English Courts*, 4th ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, n.º 5.1.23; MARC-PHILIPPE WELLER, "Internationale

Por fim, atente-se em que a aplicabilidade da regra do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, é *independente do domicílio do réu ou de qualquer parte processual*, como o seu proémio deixa claro ("*independentemente do domicílio das partes*"); uma solução que, hoje, se encontra também estendida aos pactos de jurisdição do artigo 25.º, que, desde o Regulamento de 2012, não mais exige o domicílio de *ao menos uma das partes* em um Estado-membro. É, todavia, importante notar que esta proclamação poderá ser de alcance pouco mais do que meramente teórico: pensando nas deliberações sociais, se atentarmos no artigo 60.º, n.º 1, do CSC, verificamos que *[t]anto a acção de declaração de nulidade como a de anulação são propostas contra a sociedade*¹²⁷⁹. Por conseguinte, o réu (ou um dos réus, consoante a acção e o pedido estejam formulados) estará provavelmente *domiciliado em Estado-membro*, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, de Bruxelas Ia, quando se trate da impugnação de deliberações sociais de órgãos da sociedade-réu *com sede em Estado-membro*, nos termos a determinar segundo as *regras de direito internacional privado* do tribunal demandado, conforme dita a parte final do n.º 2 do artigo 24.º.

Surgem-nos dois problemas essenciais, relacionados com a interpretação deste preceito: um é o da delimitação do seu *âmbito de aplicação*, o outro o da noção de *sede* relevante para este efeito.

6.2. Âmbito de aplicação

Quanto ao âmbito de aplicação, recordemos os termos do artigo 24.º, n.º 2: "*matéria de validade, de nulidade ou de dissolução das sociedades ou outras pessoas*

Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen nach der Brüssels I-VO (zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 12.7.2011, II ZR 28/10, NZG 2011, 1114)", in ZGR, 2012, p. 623.

¹²⁷⁹ Cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Artigo 60.º", cit., anot. n.º 1.

coletivas ou associações de pessoas singulares ou coletivas”; “*validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos*”.

Embora seja normalmente privilegiada a *interpretação autónoma*, em face das legislações nacionais dos Estados-membros, das noções euroregulamentares, a verdade é que só após confronto com as *actiones* formuladas nas leis processuais nacionais se poderá surpreender o seu verdadeiro âmbito¹²⁸⁰. Assim, no que toca às sociedades reguladas pelo direito português, dir-se-á que estão em causa as ações de declaração de nulidade e de anulação do contrato de sociedade (vejam-se os artigos 36.º a 52.º do CSC), mas já não um processo de insolvência, que, enquanto tal, está sujeito às regras de competência internacional do Regulamento da Insolvência¹²⁸¹. O preceito refere-se à “*dissolução*” das sociedades: este conceito há de ser interpretado de modo a incluir também a liquidação¹²⁸². Está, portanto, sob esta competência exclusiva a ação de impugnação judicial de decisões do conservador do registo comercial em sede de *procedimento administrativo de dissolução* (nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, e 12.º do *Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais*, aprovado com a Reforma de 2006¹²⁸³) ou *de liquidação* (veja-se agora o artigo 25.º, n.º 2, do mesmo diploma).

¹²⁸⁰ Para uma análise paralela, à luz do direito espanhol das sociedades por ações, ainda perante a Convenção de Bruxelas de 1968, cfr. ROCIO CARO GANDARA, *La competencia judicial internacional en materia de regimen interno de sociedades en el espacio juridico europeo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 154 ss., 165 ss..

¹²⁸¹ Originariamente, e hoje ainda, o Regulamento (CE) n.º 1346/2000; no futuro próximo, como sabemos, o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (reformulação), publicado em JO 5.6.2015, L 141/19-72 — v. *supra*, pp. 182 ss..

¹²⁸² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., p. 181. Para uma referência aos *winding up proceedings* do direito inglês, que poderão, consoante as suas características, estar ou não incluídos, veja-se LAWRENCE COLLINS, *Dicey, Morris and Collins*, cit., n.ºs 30-036 ss. (Rule 176); MICHAEL SCHILLIG, "Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit", in *IPrax*, 2005, pp. 213-215; v. tb. JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 38; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 111.

¹²⁸³ V. o art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

As ações de declaração de nulidade e de anulação de deliberações *dos sócios* (vejam-se, em especial, os artigos 57.º e seguintes do CSC) estão abrangidas por esta competência internacional exclusiva. Também o estão as ações que sejam propostas com vista à impugnação de deliberações *de outros órgãos sociais*, como é o caso das do conselho de administração, no pressuposto da admissibilidade da sua impugnação judicial directa¹²⁸⁴. Essa interpretação do preceito tem pleno apoio na letra da lei (“*decisões dos seus órgãos*”, sem qualquer indício de limitação à assembleia geral) e justifica-se pela conveniência em conferir, *dentro do possível*, uma certa unidade ao foro determinado pelo n.º 2 do artigo 24.º para as ações em que seja atacada a validade de *deliberações (de órgãos) sociais*, num sentido amplo. Mas, na verdade, não se fixou aqui uma *competência una* para todos os aspetos associativos ou institucionais da vida societária¹²⁸⁵. Pelo contrário, o carácter parcelar do n.º 2 do art. 24.º torna-se evidente quando nos lembramos, designadamente, das ações de responsabilidade civil societária propostas contra membros dos órgãos de administração ou de fiscalização da sociedade, e bem assim em matéria de exclusão judicial de sócio, de nomeação ou destituição de membros dos órgãos sociais, ou de inquérito judicial, para nomear alguns exemplos^{1286/1287}.

¹²⁸⁴ Assim, e com as pertinentes referências num e noutro sentido, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 135 ss..

¹²⁸⁵ Crítico, cfr. REINHOLD GEIMER, "Das Fehlen eines Gerichtsstandes der Mitgliedschaft als gravierender Mangel im Kompetenzsystem der Brüssler und der Luganer Konvention — Kritische Bemerkungen zu Art. 16 Nr. 2 GVÜ", cit., pp. 869 ss; no sentido oposto, v. p. ex. JENS HAUBOLD, "Internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche und konzerngesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche nach EuGVÜ und LugÜ (zu OLG München, 25.6.1999 — 23 U 4834/98)", in *IPrax*, Heft 5, 2000, p. 376.

¹²⁸⁶ *De lege lata*, poderá ser duvidoso se cabe ainda no art. 24.º, n.º 2, a ação tendente à convocação judicial de assembleia geral, tal como prevista no art. 375.º, n.º 6, do CSC. Cfr. em geral PETER MANKOWSKI, "Art 22 Brüssel I-VO", cit., Rn. 32; STEFAN LEIBLE, "§ 12 — Internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen ausländische Gesellschaften", cit., p. 416. Com uma visão mais ampla desta competência exclusiva, distanciando-se da opinião dominante de que fizemos eco em texto, v. MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 915-921 (cfr. ainda a menção do problema em MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, "O acórdão Inspire Art Ltd.: novo incentivo à mobilidade das sociedades na União Europeia", in *Temas de Integração*, N.º 17, 2004, p. 146, n. 53); na jurisprudência, como espécie que leva conscientemente longe a extensão do âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 24.º (embora não tão longe quanto uma das partes peticionava, que conduziria a um verdadeiro *foro da socialidade*), ao nele incluir um litígio sobre a composição de um órgão de administração (porquanto a determinação dessa composição é "*claramente essencial para a validade de*

futuras deliberações", n.º 25), England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Speed Investments Limited et al. v. Formula One Holdings Limited et al.*, [2004] EWCA Civ 1512 (2004.11.12), n.ºs 21 ss., *maxime* n.º 24 (v. tb. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *David Pollard et al. v. Christopher Ashurst*, [2000] EWCA Civ 291 (2000.11.21), em aplicação de outra regra de competência internacional exclusiva, o artigo 16.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas de 1968, mas com o qual aquele primeiro aresto lida, *maxime* n.ºs 31 ss.; concordante com *Speed Investments*, ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.128). Sobre a relevância prática da definição de *órgão*, para este efeito, e defendendo uma qualificação enquanto tal da *assembleia de obrigacionistas*, com a consequência de integrarem a competência internacional exclusiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, as "*ações que concernem a validade das decisões da assembleia dos obrigacionistas e os poderes e deveres a ela atribuídos*", MARIASOFIA HOUBEN, "Giurisdizione e legge applicabile ai prestiti obbligazionari", in *Rivista delle società*, 60.º, 2015, p. 655.

¹²⁸⁷ O carácter fragmentário do âmbito substantivo de aplicação desta regra, a que aludimos em texto, empresta a um eventual paralelo com a *internal affairs doctrine* em direito dos EUA (como feito por MATTHIAS LEHMANN, "8. Exclusive Jurisdiction", cit., n.º 8.32) um alcance extremamente limitado. Com efeito, como é sabido, os diversos sistemas estaduais (que conservam o essencial da competência legislativa em matéria societária, não obstante algumas incursões federais) seguem a *incorporation theory*. Essa, aliás, uma condição indispensável ao êxito atual (na primeira metade do século XX, o Estado de *New Jersey* teve proeminência) do Delaware, porquanto apenas perante a irrelevância jurídica, para efeitos de lei aplicável à sociedade, do lugar do exercício efetivo de atividade, bem como do lugar da sede real da condução dos negócios sociais, poderia um pequeno Estado como o Delaware prosperar enquanto *incorporation State*. O segundo *Restatement* manifestava a sua preferência pela "*local law of the state of incorporation*", elencando como justificações que usualmente conduzem à escolha dessa lei: "*the needs of the interstate and international systems, certainty, predictability and uniformity of result, protection of the justified expectations of the parties, implementation of the relevant policies of the state with the dominant interest in the decisions of the particular issue, and ease in the application of the law to be applied* (*Restatement (Second) of Conflict of Laws*, Vol. 2, American Law Institute, 1971, § 302, Comment b, p. 308). O Supreme Court, em *Edgar v. MITE*, referiu-se nos seguintes termos à *internal affairs doctrine*: "*The internal affairs doctrine is a conflict of laws principle which recognizes that only one State should have the authority to regulate a corporation's internal affairs — matters peculiar to the relationships among or between the corporation and its current officers, directors, and shareholders — because otherwise a corporation could be faced with conflicting demands*" (SCOTUS, *Edgar v. MITE Corp. et al.*, 457 U.S. 624 (1982), p. 645). V. tb., frequentemente citado na jurisprudência do Delaware, SCOTUS, *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987). Cfr., entre vários, MARCEL KAHAN / EDWARD ROCK, "How to Prevent Hard Cases from Making Bad Law: Bear Stearns, Delaware, and the Strategic Use of Comity", in *Emory L.J.*, Vol. 58 (2008-2009), 2009, p. 714 ("Under the 'internal affairs' rule, the law of the state of incorporation governs the internal affairs of the corporation — the rules of corporate decision making; the allocation of power between shareholders, directors, and management; and fiduciary duties — and other states often look to Delaware law in fashioning their own rules. Delaware, one of the smallest states in the nation, has thus become the de facto national lawmaker for corporate law"). Algumas passagens da jurisprudência do Delaware apontam até para a ideia de que a *internal affairs doctrine*, mais que um mero princípio jurídico-conflitual, poderia ter algum tipo de filiação jurídico-constitucional (cfr. Supreme Court of Delaware, *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen Inc.*, 871 A.2d 1108 (2005.05.05), p. 1113: "*The internal affairs doctrine is not, however, only a conflicts of law principle. Pursuant to the Fourteenth Amendment Due Process Clause, directors and officers of corporations 'have a significant right . . . to know what law will be applied to their actions' and 'stockholders . . . have a right to know by what standards of accountability they may hold those managing the corporation's business and affairs.' Under the Commerce*

Além do mais, não significa esta competência exclusiva que os tribunais de outros Estados não sejam, em circunstância alguma, chamados a pronunciar-se sobre as matérias societárias elencadas no artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia. É que apenas as ações que sobre elas versem *a título principal* estão abrangidas¹²⁸⁸. Esta orientação colhe apoio no art. 27.º de Bruxelas Ia, onde se prevê que "[o] tribunal de um Estado-Membro no qual seja instaurada, *a título principal*, uma ação relativamente à qual tenha competência exclusiva o tribunal de outro Estado-Membro por força do artigo 24.º deve declarar-se oficiosamente incompetente"¹²⁸⁹. Assim, por exemplo, num processo em que um administrador de uma sociedade com *sede* (nos termos do artigo 24.º, n.º 2) em Portugal, mas ele próprio domiciliado nos Países Baixos, seja demandado naquele país, por responsabilidade civil societária perante esta sociedade, o tribunal neerlandês deverá declarar-se internacionalmente competente ao abrigo da competência geral do foro do domicílio do réu (art. 2.º, n.º 1), pois não se trata de matéria sujeita à competência exclusiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia. Contudo, isso não impedirá que, sendo a *lex societatis* a portuguesa¹²⁹⁰, e relevando porventura a questão da validade, anulabilidade ou nulidade de uma deliberação ao abrigo da qual ele tenha atuado (veja-se,

Clause, a state 'has no interest in regulating the internal affairs of foreign corporations.' Therefore, this Court has held that an 'application of the internal affairs doctrine is mandated by constitutional principles, except in the 'rarest situations,' ' e.g., when "the law of the state of incorporation is inconsistent with a national policy on foreign or interstate commerce"). V. ainda ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado*, cit., pp. 603 ss..

¹²⁸⁸ Sobre as divergências linguísticas presentes nas várias versões oficiais, v. por todos LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., p. 180.

¹²⁸⁹ V. ainda PAUL JENARD, "Report", cit., p. 34; MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law Matters Within the EU 'Market for Corporate Models': Brussels I and Rome I after *Centros*", in *EBLR*, 2005, p. 78; cfr. XANDRA KRAMER, "10. Examination as to Jurisdiction and Admissibility", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, n.ºs 10.06 ss.. Cfr. tb, em particular, ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.129, onde se vai no mesmo sentido do texto perante a arguição por uma parte, na sua defesa, do "*Article 24(2) point*", como aí se lhe chama.

¹²⁹⁰ Sobre o âmbito da *lex societatis*, pode ver-se RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 167 ss..

a propósito, o artigo 72.º, n.º 5, do CSC¹²⁹¹), aquele tribunal estrangeiro se pronuncie sobre tal problema *à luz da lei pessoal portuguesa*.

Atentando na jurisprudência estrangeira, a judicatura reinunidense é uma das particularmente ativas¹²⁹²: aí se determinou, nomeadamente, em *Newtherapeutics*, que caberia dentro do âmbito de aplicação do foro social exclusivo o litígio que diz respeito à atuação *ultra vires* dos administradores, por isso que estes agiram na ausência de qualquer reunião e deliberação do órgão de que são membros. Já não se inseria no âmbito da competência exclusiva o litígio que se baseava na alegação de que o negócio, celebrado em nome da sociedade por dois administradores, não obstante os protestos de um terceiro administrador, e na ausência de qualquer deliberação do órgão de administração, era tão desconforme com o interesse social que nenhum administrador, no uso da diligência devida, assentiria na sua celebração. Com efeito, não se vê como legitimamente incluir no seio do n.º 2 do artigo 24.º de Bruxelas Ia *"proceedings that concerned the reasonableness of a director's actions"*¹²⁹³, como afinal se tratava no caso. Mas, num outro caso conhecido, *Grupo Torras*, o tribunal inglês concordou com a primeira citada inclusão no âmbito da regra de jurisdição em análise, manifestando, em acréscimo, as suas dúvidas sobre a bondade desta segunda exclusão, cuja análise foi reservada *"for future consideration"*¹²⁹⁴.

¹²⁹¹ Que prescreve: *"A responsabilidade dos gerentes ou administradores para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável"*.

¹²⁹² Para lá de England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Speed Investments*, 2004.11.12, cit., há pouco citado (n. 1286).

¹²⁹³ High Court of Justice (Ch), *Newtherapeutics Ltd. v. Katz et al.*, [1991] Ch. 226 (1991). V. já a análise crítica de ROCIO CARO GANDARA, *La competencia judicial internacional en materia de regimen interno de sociedades*, cit., pp. 211 ss. (pp. 215-216; "Não se pode confundir a inexistência com a nulidade de deliberações dos órgãos").

¹²⁹⁴ England and Wales High Court (Commercial Court), *Grupo Torras S.A. et al. v. Sheik Farad Mohammed Al Sabah et al.*, [1995] EWHC 1 (Comm) (1995.05.26), onde se explica a simpatia pela posição contrária do seguinte modo: *"The powers of directors and other officers of a company must act bona fide in the interests of the company. Allegations of the kind made in Newtherapeutics Ltd v Katz are essentially allegations of want of authority, and there is much force in the contention that they fall within the scope of Article 16(2)"*.

Em afirmação da interpretação restritiva do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, importa atentar, em particular, no acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) v. JPMorgan*¹²⁹⁵. Este banco requerido propôs uma ação nos tribunais *ingleses*, com base em cláusula atributiva de jurisdição a esse foro, exigindo, no essencial, o cumprimento de um contrato. Poucos meses depois, a *BVG* propôs uma ação para que os tribunais *alemães* declarassem a nulidade do mesmo contrato, em especial pelo carácter alegadamente *ultra vires* do seu objeto, em face dos respetivos estatutos, para o que alegou, a “*título incidental ou prévio*”, a *invalidade* das suas próprias deliberações. O Tribunal de Justiça não anuiu em reconhecer competência internacional exclusiva ao tribunal *alemão*, porquanto entendeu que o artigo 22.º, n.º 2, de Bruxelas I, não deveria ser aplicável a não ser quando a questão da validade da deliberação social fosse o *objeto principal* do litígio¹²⁹⁶. É uma interpretação que deixa alguns problemas em aberto, até porque vai em sentido não convergente com o entendimento, francamente mais amplo, dado à competência internacional exclusiva em matéria de *validade de patentes*, prevista no n.º 4 do mesmo artigo. Tal obrigou o Tribunal de Justiça a expressamente distinguir este caso de *GAT v. LuK*, onde se entendeu que o então artigo 22.º, n.º 4, de Bruxelas I, era aplicável sempre que no litígio a questão da *validade* de uma patente fosse *suscitada*, quer “*por via de acção quer por via de excepção*”¹²⁹⁷. Um entendimento que acabou por ser vertido em letra euroregulamentar, visto que, em 2012, se alterou o n.º 4 do artigo 24.º de Bruxelas Ia com a adenda “*independentemente de a questão ser suscitada por via de acção ou por via de excepção*”, uma menção sem paralelo em qualquer das outras regras de competência internacional exclusiva. Em *BVG*, o argumento para o

¹²⁹⁵ TJUE, *BVG v. JPMorgan Chase*, 2011.05.12, cit..

¹²⁹⁶ TJUE, *BVG v. JPMorgan Chase*, 2011.05.12, cit., n.º 44.

¹²⁹⁷ TJUE, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, C-4/03 (2006.07.13), n.º 31; no mesmo sentido (e na mesma data), TJUE, *Roche Nederland*, 2006.07.13, cit., n.º 40.

*distinguo*¹²⁹⁸ foi o de que, no caso da patente, a validade é uma “*premissa indispensável*” ao êxito da ação, ao passo que o mesmo raciocínio se não aplicaria à relação entre a *validade* de uma deliberação social e o *contrato* que seja celebrado em sua violação¹²⁹⁹.

6.3. Noção de «sede» relevante

Outro problema, como indicámos, é o de interpretar a parte final do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, onde, depois de se reconhecer a competência internacional do tribunal

¹²⁹⁸ Que merece dois números inteiros do acórdão, quase a terminar, explicando-se no segundo: “*Com efeito, esta jurisprudência não pode ser transposta para os litígios em que é suscitada uma questão relativa à validade de uma decisão dos órgãos de uma sociedade. A validade da patente em questão é uma premissa indispensável, nomeadamente no âmbito das acções por contrafacção, e é no interesse de uma boa administração da justiça que seja reconhecida competência exclusiva para conhecer dos litígios em que se contesta essa validade aos tribunais do Estado-Membro em que o depósito ou o registo dessa patente foi requerido ou efectuado, uma vez que estão mais bem colocados para os conhecer. Como foi referido nos n.ºs 37 a 39 do presente acórdão, não é esse o caso dos tribunais da sede de uma sociedade, parte num litígio contratual, que invocou uma alegada invalidade da decisão de contratar tomada pelos seus próprios órgãos*” (TJUE, *BVG v. JPMorgan Chase*, 2011.05.12, cit., n.º 46).

¹²⁹⁹ Para críticas bem articuladas, v. desde logo RAFAEL ARENAS GARCÍA, “El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio (Comentario a la STJUE de 12 de mayo de 2011, *BVG y JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*)”, in *La Ley — Unión Europea*, XXXII, n.º 7864 (29.7.2011), 2011, *maxime* n.ºs 17 ss.; e ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.ª) de 12 de mayo de 2011, asunto C-144/10, *BVG c. JPMorgan*”, in *REDI*, LXIII (2011), 2, 2011, pp. 245 s.; crítico da fundamentação (muito embora aplaudindo o sentido final da decisão), MATTHIAS LEHMANN, “Exclusive Jurisdiction under Art. 22(2) of the Brussels I Regulation: The ECJ Decision *Berliner Verkehrsbetriebe v JPMorgan Chase Bank (C-144/10)*”, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), 2012, pp. 516 ss.; MATTHIAS LEHMANN, “8. Exclusive Jurisdiction”, cit., n.º 8.36; aplaudindo a decisão e fundamentação em *BVG v. JPMorgan*, mas criticando a imprecisão na delimitação perante o critério de *GAT v. Luk*, cfr. JOHANNES SCHMIDT, *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht — Eine Analyse der Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ und der EuGVVO*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 100. A propósito da relação entre os n.ºs 2 e 4 do atual artigo 24.º de Bruxelas Ia, um curioso caso paralelo de interação entre o societário e a propriedade industrial em matérias jurisdicionais era até há pouco, em Itália, o *Codice della Proprietà Industriale* (d.l. n. 30 de 2005), que, no seu art. 134, estabelecia que os artigos 34 e 35 do d.lgs. n. 5 de 2003 (reguladores da arbitragem societária) eram também aplicáveis às arbitragens em matéria de propriedade industrial e concorrência desleal: v. ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, “Modelli arbitrali e controversie societarie”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2006, p. 514, n. 2; entretanto, porém, uma alteração de 2009 a esse Código eliminou a remissão (v. Legge 23.07.2009 n. 99).

do Estado da sede, se prevê: “*Para determinar essa sede, o tribunal aplicará as regras do seu direito internacional privado*”¹³⁰⁰.

É deste modo que o legislador europeu, apartando-se do critério do “*domicílio*” do ente coletivo que definiu no artigo 63.º de Bruxelas Ia, remete para as regras de conflitos de cada Estado, para efeitos de determinação do conceito de “*sede*”. Trata-se de uma opção que, se era plenamente compreensível na versão originária da Convenção de Bruxelas de 1968, que não continha uma definição de *domicílio* para efeitos convencionais, se tornou questionável a partir do momento em que, com os Regulamentos de 2000 e agora também de 2012, encontramos a noção autónoma de *domicílio* societário aí consagrada, para efeitos jurisdicionais¹³⁰¹.

Em consequência, pode ocorrer que, simultaneamente, tribunais de dois Estados-membros se considerem dotados de competência internacional exclusiva para a resolução do mesmo litígio. Basta recordar que as noções de “*sede*” não são necessariamente coincidentes nos diversos Estados-membros. Por exemplo, vale em diversos países europeus a doutrina da *sede real*, numa versão mais pura, ao passo que o direito societário português conjuga esse critério com o da *sede estatutária*, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do CSC¹³⁰². Uma solução para estes casos, ao nível do Regulamento, pode encontrar-se no artigo 31.º, n.º 1, de Bruxelas Ia: “[s]e as ações forem da competência exclusiva de

¹³⁰⁰ No caso da sociedade anónima europeia (SE), cfr. o artigo 7.º (“*A sede da SE deve situar-se no território da Comunidade, no mesmo Estado-Membro que a administração central. Além disso, os Estados-Membros podem impor às SE registadas no seu território a obrigação de terem a administração central e a sede no mesmo local*”) e, pensado em particular para o problema da competência internacional no caso de transferência de sede, o artigo 8.º, n.º 16 (“*Para efeitos de litígios surgidos antes da transferência determinada no n.º 10, considera-se que uma SE que tenha transferido a sua sede para outro Estado-Membro tem a sua sede no Estado-Membro em que estava registada antes da transferência, mesmo quando seja contra ela intentada uma acção depois da transferência*”), ambos do Regulamento (CE) n.º 2157/2001.

¹³⁰¹ Assim HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., n.º 110; diferentemente, mas sem muito detidas explicações, ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit.: “*Given the nature of the matters which fall within the exclusive jurisdiction conferred by Article 24(2), it would not be sensible for the seat of the company to be identified by Article 63 of the Regulation*” (n.º 4.131).

¹³⁰² Sobre este preceito, permitimo-nos remeter para RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 3.º”, cit., pp. 69 ss., e sobretudo para as referências aí indicadas.

vários tribunais, todos eles devem declarar-se incompetentes em favor do tribunal demandado em primeiro lugar" — no pressuposto, claro está, de que esse tribunal primeiramente demandado seja um dos exclusivamente competentes. Esta disposição, que poucas utilidades terá para lá da matéria societária do n.º 2 do artigo 24.¹³⁰³, poderá ter sido considerada suficiente, em resposta ao problema identificado¹³⁰⁴.

Mas subsistem as dúvidas no que respeita à concretização da conexão da sede, inscrita neste preceito, sobretudo quando incorporamos os dados que resultam dos desenvolvimentos jurisprudenciais europeus sobre a mobilidade das sociedades e o reconhecimento da pessoa jurídica societária estrangeira, mas intraeuropeia. Como concretizar a noção de sede naqueles Estados que, em vez da *teoria da sede*, em qualquer das suas variantes mais ou menos puras, adotam a *teoria da constituição* (ou da *incorporação*, no anglicismo que vem de *incorporation*)¹³⁰⁵ para efeitos de determinação do estatuto pessoal das sociedades — isto é, que consideram competente a lei cujas formalidades de constituição foram respeitadas, não considerando relevante, para o efeito, o conceito de sede? Nuns casos, o problema poderá ser resolvido por soluções internas que determinem uma noção de sede, talhada de feição para ser concatenada com a norma europeia interpretanda. É o que se faz no Reino Unido¹³⁰⁶. Mas a atendibilidade de tais

¹³⁰³ Assim MATTHIAS LEHMANN, "8. Exclusive Jurisdiction", cit., que a considera, para lá deste contexto, "*largely superfluous*" (n.º 8.38, n. 98).

¹³⁰⁴ Para tal parece apontar, aliás, a propósito da Convenção de Lugano de 2007, FAUSTO POCAR, "Report", cit., n.º 96: "*O grupo de trabalho optou por manter a simples referência a «sede», como na Convenção de 1988, que deverá ser determinada, como o fazia essa Convenção, por remissão para as regras de direito internacional privado do tribunal chamado a pronunciar-se sobre a questão. Por conseguinte, há que salientar que a «sede» da sociedade não é aqui uma noção autónoma, como o é a «sede social» no artigo 60.º. Uma simples referência à «sede social» poderia ter evitado a possibilidade de haver mais de um tribunal com competência supostamente exclusiva no caso de a «sede social» e a sede real estarem situadas em países diferentes; mas foi decidido que para a resolução desse problema eram suficientes as disposições da Convenção relativas à coordenação das competências*".

¹³⁰⁵ Sobre esta no Reino Unido, v. por todos LAWRENCE COLLINS, *Dicey, Morris and Collins*, cit., n.ºs 30-020 ss. (Rule 175).

¹³⁰⁶ Com efeito, resolvendo explicitamente a questão, por via legislativa interna, já perante a Convenção de Bruxelas de 1968, veja-se o exemplo do *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* do Reino Unido. Releva a *Section 43 (Seat of corporation or association for purposes of Article 16(2) and related provisions)*, em particular as *subsections 2, 6 e 7*:

regras internas leva já implícita a aceitação da reserva da competência de cada ordem jurídica nacional na definição do conceito de sede relevante para estes efeitos jurisdicionais¹³⁰⁷. Essa aceitação, numa primeira leitura, parece conforme com a letra do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia: "(...) o tribunal aplica as suas regras de direito internacional privado". Todavia, ela não é inequívoca, levantando-se dúvidas tanto mais intensas quanto maior for a medida em que se considere que está subtraída das *regras de direito internacional privado de cada Estado-membro* a regulamentação conflitual societária. Com efeito, se, como é voz cada vez mais comum, se considerar vigente, nas

"(2) A corporation or association has its seat in the United Kingdom if and only if (a) it was incorporated or formed under the law of a part of the United Kingdom; or (b) its central management and control is exercised in the United Kingdom";

"(6) Subject to subsection (7), a corporation or association has its seat in a Contracting State other than the United Kingdom if and only if (a) it was incorporated or formed under the law of that state; or (b) its central management and control is exercised in that state";

"(7) A corporation or association shall not be regarded as having its seat in a Contracting State other than the United Kingdom if (a) it has its seat in the United Kingdom by virtue of subsection (2)(a); or (b) it is shown that the courts of that state would not regard it for the purposes of Article 16(2) as having its seat there". Para um conjunto de exemplos de aplicação desta regra, cfr. LAWRENCE COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Butterworths, London, 1983, p. 81.

Mais tarde, perante o Regulamento Bruxelas I, vale a formulação dada pelo parágrafo 10.º do *Schedule 1* do *Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001*, que comporta quatro *subparagraphs*:

"(1) The following provisions of this paragraph determine where a company, legal person or association has its seat for the purposes of Article 22(2) (which confers exclusive jurisdiction over proceedings relating to the formation or dissolution of such bodies, or to the decisions of their organs).

(2) A company, legal person or association has its seat in the United Kingdom if and only if—

(a) it was incorporated or formed under the law of a part of the United Kingdom; or

(b) its central management and control is exercised in the United Kingdom.

(3) Subject to sub-paragraph (4), a company, legal person or association has its seat in a Regulation State other than the United Kingdom if and only if—

(a) it was incorporated or formed under the law of that state; or

(b) its central management and control is exercised in that state.

(4) A company, legal person or association shall not be regarded as having its seat in a Regulation State other than the United Kingdom if—

(a) it has its seat in the United Kingdom by virtue of sub-paragraph (2)(a); or

(b) it is shown that the courts of that other state would not regard it for the purposes of Article 22(2) as having its seat there."

O teor destes preceitos é citado, embora sem indicação da sua proveniência, por ADRIAN BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, cit., n.º 4.131. V. tb. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Art 22", cit., n.º 41.

¹³⁰⁷ No fundo, está aqui presente a dúvida, de que fazem eco MARC-PHILIPPE WELLER, "Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen", cit., p. 627, e o próprio BGH, II ZR 28/10 (OLG Frankfurt a. M.), NZG 2011 1114-1117 (2011.07.12), n.º 26 (com mais indicações), sobre se com "sede", no art. 24.º, n.º 2, se circunscreve um conceito *juridico-conflitual* ou antes *juridico-material*.

relações intraeuropeias, a *lei da constituição* para reger a sociedade, poderá defender-se a atual vigência de uma regra de *forum legis*, segundo a qual a determinação do direito aplicável – no caso, portanto, a referida *lei da constituição*, por decorrência do direito europeu – coenvolve a competência dos tribunais locais do Estado segundo cuja lei a sociedade está organizada¹³⁰⁸, havendo pois que, nessa leitura, interpretar o artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, como referindo-se necessariamente ao Estado da *incorporação*, mesmo quando na sua letra lemos *sede*.

Esta leitura vem colhendo apoio¹³⁰⁹, em face do relevo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça atribui, na realidade, à *lei da constituição*. O que, a aceitar-se, significaria, por exemplo, perante sociedade constituída em Inglaterra mas efetivamente sediada em Portugal, que uma ação de impugnação de deliberação social houvesse que ser necessariamente proposta em Inglaterra, e recusada pelos tribunais portugueses¹³¹⁰.

Da nossa parte, cremos ser relevante não fazer *tabula rasa* dos termos literais do n.º 2 do artigo 24.º de Bruxelas Ia, que explicitamente remete, ontem como hoje, para as "*regras de direito internacional privado*" de cada Estado-membro.

¹³⁰⁸ MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario", cit., pp. 910 ss., e tb. MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario", in PAULO PICONE (A CURA DI), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 242 ss., muito embora aparentemente não defenda um puro *forum legis* mas sim a competência internacional dos tribunais do Estado da incorporação da sociedade (pp. 912 e 243, respetivamente), ilustra com caso semelhante ao de *Centros* e justifica com a conveniência em não reconhecer competência a Estado diferente do da *lex societatis*, pelo que aquela qualificação da sua doutrina parece apropriada (assim aliás tb. PETER MANKOWSKI, "Art 22 Brüssel I-VO", cit., Rn. 29, n. 250; considerando a opinião de BENEDETTELLI de "*legitimidade duvidosa*", v. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, "O acórdão Inspire Art Ltd.: novo incentivo à mobilidade", cit., p. 146). Em sentido próximo, MIGUEL VIRGÓS SORIANO / FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, cit., p. 267, defendendo que a liberdade de estabelecimento comunitária, ao obrigar o Estado-membro da sede real a reconhecer a sociedade constituída segundo a lei de um outro Estado-membro, onde tenha também a sua sede estatutária, impediria os tribunais daquele primeiro Estado Membro de invocarem o art. 22.º de Bruxelas I para imporem a sua competência internacional exclusiva.

¹³⁰⁹ V. por todos STEFAN LEIBLE, "§ 12 — Internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen ausländische Gesellschaften", cit., Rn. 9 (p. 415, com referências na n. 29).

¹³¹⁰ Assim, se substituirmos Portugal pela Alemanha, BGH, 2011.07.12, cit., n.º 28.

É que, não apenas são inexistentes *regras de DIP* propriamente ditas, de direito europeu, que consagrem inequivocamente a *lei da constituição* como *lex societatis*, como, mesmo que o entendimento correto fosse o de estar hoje em vigor uma *regra de conflitos oculta* (*versteckte Kollisionsregel*)¹³¹¹ em favor da lei da constituição, ancorada nos artigos 49.º e 54.º do TFUE (que reconhecem a liberdade de estabelecimento), mal se compreenderia que, em face de todo este *patchwork* normativo, o legislador europeu, não apenas em 2001 (em que a jurisprudência *Centros*, pode conceder-se, era ainda recente) como ainda em 2012 (momento em que similar argumento já não colhe), mantivesse uma *remissão expressa para o DIP nacional*, se concomitantemente tomasse por adquirido que a *lei da constituição* estaria em vigor, por imposição jurídico-europeia de nível normativo supraordenado.

Em acréscimo, a referência do legislador europeu a *regras de direito internacional privado* vigentes para cada tribunal não significa, necessariamente, uma remissão para as *regras de conflitos* em matéria societária: bem poderá ler-se, nesse passo, a salvaguarda de regras nacionais em que, como no exemplo reinudinense, se proceda, *de modo material*, à definição de *sede* para determinados fins internacionalprivatísticos.

Temos, em suma, dificuldade em alinhar com uma orientação que extraia, sem apelo, dos desenvolvimentos jurisprudenciais europeus em matéria societária um *forum legis* no que respeita aos litígios abrangidos pelo artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia.

Se dermos por boa esta orientação — que tem por pano de fundo uma leitura do atual estágio do direito internacional privado europeu das sociedades em que se vislumbra uma evolução, à sombra da conhecida jurisprudência europeia, mas sem que um câmbio obrigatório para a teoria da constituição seja inequivocamente imposto *em toda a*

¹³¹¹ MARC-PHILIPPE WELLER, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung — Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach «Überseering» und «Inspire Art»*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2004, pp. 29 ss., *maxime* 86 ss.; tb. MARC-PHILIPPE WELLER, "Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen", cit., p. 627; CHRIS THOMALE, "Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm — Höchststrichterliche Fortbildung des internationalen Gesellschaftsrechts anhand von Art. 22 Nr. 2 EuGVO", in *ZGR*, 2011, p. 1290, *passim*.

*extensão*¹³¹² (isto é, para lá do que a efetivação das liberdades fundamentais e do direito secundário europeu impõe) —, há de aceitar-se que as *regras de DIP* nacionais, qualquer que seja o *método* de que elas sejam expressão, mantêm a sua vigência. E que assiste ao autor a *possibilidade de escolha* entre estes vários foros, quando haja plúrimas concretizações de *sede* à luz de cada conjunto de *regras de DIP* nacionais convocáveis, designadamente as dos Estados da *sede real* e da *constituição*. Por analogia com a hipótese em que os tribunais de dois Estados se considerem simultaneamente dotados de competência internacional exclusiva, porque adotam noções de *sede* divergentes, também aqui se deve aceitar a competência internacional do tribunal, de entre os citados, a que a ação tenha sido submetida em primeiro lugar, nos termos do artigo 31, n.º 1, de Bruxelas Ia^{1313/1314}.

¹³¹² Para propostas mais ou menos mitigadas de uma evolução legislativa nesse sentido, veja-se HANS JÜRGEN SONNENBERGER / FRANK BAUER, "Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrecht", cit., pp. 3 ss., ou, mais recentemente — na presente data, na verdade, ainda um *work in progress* —, a proposta discutida no seio do GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, em subgrupo coordenado por Francisco GARCIMARTÍN: cfr. <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-24.htm#annexe1> (por último acedido em 27.8.2015).

¹³¹³ Assim LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Art 22", cit., n.º 49; STEFAN TIEFENTHALER, "Art 22", cit., Rn. 36a; JAN KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht – Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2005, Art. 22 EuGVO, Rn. 41. A opinião vertida neste último manual, embora se mantenha, limitadamente, para a hipótese aventada em texto de uma *dupla sede*, à luz dos divergentes critérios de dois Estados, alterou-se significativamente da 8.ª (2005) para a 9.ª edição (2011), trabalhada já não pelo Professor de Hamburgo (falecido em 2009), mas pelo seu sucessor na obra, JAN VON HEIN. Com efeito, e com arrimo na jurisprudência *Cartesio*, em particular o seu n.º 110 aí transcrito ("*Assim, um Estado-Membro dispõe da faculdade de definir não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que esta possa ser considerada constituída em conformidade com o seu direito nacional e susceptível, a esse título, de beneficiar do direito de estabelecimento como o vínculo de dependência exigido para manter essa mesma qualidade posteriormente. Tal faculdade engloba a possibilidade de esse Estado-Membro não permitir a uma sociedade constituída ao abrigo do seu direito nacional conservar essa qualidade quando decida reorganizar-se noutro Estado-Membro mediante a deslocação da sua sede para o território deste último, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de constituição*"), e assim com apoio na insistência do Tribunal de Justiça na distinção entre os problemas levantados pela *emigração* e pela *imigração* societária, propõem-se agora em JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 22 EuGVO, Rn. 41, várias diferenciações: a transferência de sede real para a Alemanha (enquanto *imigração*) não alteraria a competência internacional dos tribunais da originária sede estatutária, mesmo aceitando que na Alemanha continuasse a tradicional vigência da teoria da sede real, com o objetivo de se evitar um conflito positivo de competências; por seu turno, na hipótese inversa de *emigração* (a transferência a partir de uma ordem jurídica nacional que adopte a teoria

da sede real, em direção a uma outra ordem jurídica), aquela (o *Wegzugstaat*) não estaria vinculada pelo direito da UE a aceitar irrestritamente a validade e eficácia dessa *emigração* (citando-se de novo *Cartesio*), mas a ideia de *correlação forum-ius* (*Gleichlaufgedanken*) subjacente à norma seria argumento em favor de que *também* na perspetiva do Estado de destino (o *Zuzugsstaat*), independentemente da conexão relevante para o seu direito internacional privado, se aceitasse uma competência internacional exclusiva *tão-só dos tribunais da sede efetiva*, e portanto desse mesmo Estado de destino, agora para evitar conflitos negativos de competência. Embora ponderados, os argumentos parecem-nos insuficientes para justificar, por exemplo, perante o sujeito processualmente legitimado que proponha ação no Estado de destino, que o tribunal não pode conhecer do litígio e *tem que* absolver da instância, e assim, de facto, obrigá-lo a propor de novo a ação, agora no Estado de origem. Aceitamos apenas a orientação geral de que, como sublinha VON HEIN, o Estado de destino mantém plena liberdade, em face do direito da UE e da jurisprudência do TJUE, de, se tal for determinado pelo seu direito de conflitos interno, continuar a reconhecer competência ao Estado da sede estatutária (e portanto aos tribunais do Estado de origem); mas que *"tal não deve conduzir a um conflito negativo de competências, quando o Estado de origem negue a sua competência internacional com base no art. 22.º, n.º 2, em razão da transferência de sede"*.

¹³¹⁴ Pode colocar-se a questão de saber se haveria de considerar-se existir uma *regra implícita*, de acordo com a qual um tribunal arbitral *não* poderia intervir com autoridade jurisdicional, sempre que a matéria fosse da competência internacional exclusiva de uma jurisdição estadual, de acordo com regras de conflitos de jurisdições (v. OLIVIER CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 123), como as do artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia; questão de grande relevância prática, sobretudo, para as ações de impugnação de deliberações sociais. O Relatório SCHLOSSER é muito claro no sentido favorável à arbitrabilidade: *"The 1968 Convention as such in no way restricts the freedom of the parties to submit disputes to arbitration. This applies even to proceedings for which the 1968 Convention has established exclusive jurisdiction"* (PETER SCHLOSSER, "Report", cit., p. 93). Um outro ponto de apoio para esta perspetiva é o de que, não obstante a definição de competências exclusivas no art. 16.º da Convenção de Bruxelas de 1968, hoje no art. 24.º de Bruxelas Ia, resulta também da *exclusão da arbitragem* do respetivo âmbito de aplicação, pelo artigo 1.º de cada um dos instrumentos, que essas mesmas regras de competência internacional exclusiva não poderão relevar na determinação da arbitrabilidade do litígio: elas como que definiriam, imperativamente, entre os Estados Signatários ou Membros, a competência exclusiva dos tribunais, mas *apenas quando* a jurisdição estadual fosse chamada a resolver o litígio, já não quando a mesma lhe é subtraída por convenção de arbitragem, porquanto esta escapa ao âmbito de aplicação do Regulamento (cfr. o art. 1.º). V. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial internacional", cit., p. 199, n. 58; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume III*, cit., p. 87 (com mais referências, n. 211); em sentido inverso, DÁRIO MOURA VICENTE, "A Convenção de Bruxelas", cit., p. 385; MASSIMO V. BENEDETTELLI, "Brussels I, Rome I and Issues of Company Law", cit., pp. 249-250; citado nesse sentido tb., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex, Lisboa, 1993, p. 117, refere-se à invalidade da convenção de arbitragem quando o direito que constitui o seu objeto *"pertence à competência exclusiva dos tribunais judiciais"*; mas, deve notar-se, o Autor exemplifica com preceitos do Código Civil que não dizem respeito à competência internacional exclusiva, antes à necessidade de decretamento *por um tribunal*, como é o caso da resolução do contrato de locação fundada na falta de cumprimento por parte do locatário (art. 1047.º do CC).

7. Indemnização por incumprimento do pacto de jurisdição societário?

Se o sujeito vinculado ao pacto de jurisdição, numa dada circunstância, propõe ação judicial junto de tribunal diferente do convencionado, levanta-se a questão de saber quais os meios de tutela e de reação a esse incumprimento de que beneficiam os demais intervenientes.

É conhecida a posição do Tribunal de Justiça em face de *injunções de não litigância*¹³¹⁵ — ou, como são mais conhecidas, *anti-suit injunctions* — por meio das quais se pretenda proibir uma parte de propor ou participar numa ação judicial em outro foro, com vista à proteção do bom curso da ação pendente. Mesmo que exista, manifestamente, má fé processual, no sentido de entravar o processo já pendente, o Tribunal ancora-se no *princípio da confiança mútua* para determinar que o poder de um tribunal de um Estado-membro de *conhecer da sua própria competência* não é disponível, dentro do âmbito de aplicação do Regulamento¹³¹⁶. Registámos, em *Gazprom*, como o Tribunal de Justiça se refere, com mais franca abertura — mas, importa sublinhar, porque confrontado com uma ação arbitral, que reconhece *excluída* do âmbito de aplicação do Regulamento —, à possibilidade de os poderes de um tribunal de um Estado-membro se pronunciar sobre a sua própria competência estarem sujeitos a uma

¹³¹⁵ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 26. Para WAGNER, contra uma opinião difundida na Alemanha quanto ao seu direito autónomo, não deveria, à partida, negar-se a admissibilidade de *ações de cumprimento* baseadas em pretensões contratuais-processuais, pois não é de reconhecer um suposto princípio de que, em caso algum, os litígios sobre atuações processuais das partes são dirimíveis em "*processos secundários*" (em vez do "*processo primário*" a que originariamente dizem respeito). No direito processual *interno*, não haveria, em regra, necessidade de uma tal ação de cumprimento, pois existe a garantia de que o contrato processual pode ser feito valer no próprio "*processo primário*". Já não se poderia, de todo, dizer o mesmo no direito processual *internacional*: tal garantia não está, em geral, presente, pelo que, em termos semelhantes aos da jurisprudência inglesa e estadunidense, deveriam aceitar-se ações de cumprimento do pacto jurisdicional, e bem assim uma tutela cautelar: GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., pp. 266 ss., em resumo na p. 277.

¹³¹⁶ TJUE, *Gasser*, 2003.12.09, cit., n.º 49; TJUE, *Turner v. Grovit*, 2004.04.27, cit., n.º 27; TJUE, *West Tankers*, 2009.02.10, cit., n.º 29.

"eventual limitação"¹³¹⁷. O que pode ser um indício (mas não mais do que isso) de uma evolução futura, mais desprendida das restrições impostas pela ideia de *confiança mútua*.

Não estando à disposição um meio dessa natureza, avulta a importância da *indemnizabilidade* dos danos causados por demanda junto de tribunal incompetente, em incumprimento do pacto de jurisdição¹³¹⁸. As opiniões não são unânimes¹³¹⁹, refletindo expressivamente diferenças jurídico-culturais mais profundas: grande parte dos autores germânicos entende que, na ausência de estipulações das partes noutra sentido, as únicas sanções à disposição são as tipicamente jurídico-processuais, em que sobressai a necessária absolvição da instância junto do *forum derogatum*, não havendo lugar a indemnização¹³²⁰. Já para autores anglo-saxónicos, a distinção entre os planos contratual e processual permite assimilar àquele primeiro o comportamento vulnerador do acordo jurisdicional, com as normais consequências civis do incumprimento, designadamente a responsabilidade contratual¹³²¹.

¹³¹⁷ TJUE, *Gazprom*, 2015.05.13, cit., n.º 42.

¹³¹⁸ Recuando aos aspetos mais fundamentais, em termos de colocação teórica da questão, é este um dos momentos em que nos perguntamos se as vinculações assumidas na esfera do direito internacional privado são tão exequíveis (*susceptible to enforcement*) como as *comuns* vinculações contratuais, ou se, pelo contrário, deve de algum modo *moderar-se* o impacto de uma "*promise-based morality*" sobre o direito internacional privado: assim, a propósito de toda a problemática subjacente ao papel do consentimento, das intenções comuns e dos acordos entre as partes no seio do DIP, ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 1.05-06.

¹³¹⁹ Para um registo com várias indicações, cfr. EVGENIA PEIFFER, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum — Gültigkeit und Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung ökonomischer Aspekte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, *maxime* pp. 474 ss..

¹³²⁰ PETER MANKOWSKI, "Ist eine vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen möglich?", in *IPrax*, Heft 1, 2009, p. 35; HAIMO SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, cit., Rn. 863; PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 97; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 166.

¹³²¹ Cfr. (com diferenças entre si) ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., n.ºs 8.63 ss.; LOUISE MERRETT, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime", in *ICLQ*, vol. 55, April 2006, pp. 332-333. V. ainda, sobre uma comentada decisão espanhola, SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "The Spanish Tribunal Supremo Grants Damages for a Breach of a Choice-of-Court Agreement", in *IPrax*, Heft 1, 2009, pp. 529 ss..

Particularmente interessante é a análise de Martin GEBAUER¹³²², que retoma a distinção entre contratos dispositivos e vinculativos a que já nos referimos¹³²³. Dando nota de que a possibilidade de, por *disposição* (*Verfügung*) das partes, se fundar o poder jurisdicional de uma instância judicial terá raízes no direito romano¹³²⁴, o Professor de Tübingen traça a evolução da doutrina alemã do último século e meio, no que toca aos efeitos associados a um pacto de jurisdição. Conclui, com interesse, que a tradicional negação da “*indemnizabilidade*” do incumprimento do pacto, ao longo do século XX, com base na ideia de que o mesmo teria uma eficácia *dispositiva* (*Verfügungswirkung*) e não *vinculativa* ou *obrigacional* (*Verpflichtungswirkung*), foi precedida, no século XIX, de uma aceitação mais consensual do seu *carácter vinculativo* ou *obrigacional*. Este, dizia-se no terceiro quartel do século XIX, faz com que o acordo das partes em si mesmo, e não a sujeição de facto à jurisdição do tribunal escolhido, seja tido como o elemento decisivo, de tal modo que essa sujeição (*Unterwerfung*) não mais seria do que uma manifestação implícita do consentimento¹³²⁵. Daí, que o enquadramento normativo da “*vinculatividade*” do pacto fosse bem diverso daquilo que encontrávamos no direito romano, onde o poder jurisdicional não deixava, verdadeiramente, de ser fundado, antes de mais, na *sujeição* das partes ao tribunal, ainda que baseada num acordo das suas vontades. Por outro lado, era também possível encontrar, ainda em doutrina alemã do século XIX, a opinião difundida de que um direito de indemnização, por incumprimento do pacto de jurisdição, seria de aceitar — mas como um *minus* em face da própria

¹³²² MARTIN GEBAUER, "Gerichtsstandsvereinbarung und Pflichtverletzung", in REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE (HRSG.), *Recht ohne Grenzen — Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Sellier European Law Publishers, München, 2012, pp. 267 ss..

¹³²³ *Supra*, pp. 80 ss..

¹³²⁴ Veja-se o clássico manual de PLANCK, onde se identifica, no direito germânico antigo, não obstante a possibilidade de recurso a certas formas de abitragem, a estranheza de uma escolha de um tribunal judicial; diferentemente, no direito romano, poderão encontrar-se primeiras referências na *Lex Julia iudiciorum* (L. 2 § 1 D. d. jud.) — JULIUS WILHELM PLANCK, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band — Allgemeiner Theil, Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung, Nördlingen, 1887, p. 78.

¹³²⁵ JULIUS WILHELM PLANCK, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 79 ("*die Unterwerfung kommt nur noch als stillschweigende Vereinbarung in Betracht*"); MARTIN GEBAUER, "Gerichtsstandsvereinbarung und Pflichtverletzung", cit., p. 270.

exigibilidade do cumprimento do acordo¹³²⁶. Entre várias considerações, GEBAUER desconstrói o argumento de que valorações jurídico-processuais seriam obstáculo ao reconhecimento de direitos indemnizatórios por incumprimento do pacto de jurisdição, procedendo a uma distinção entre o que, da perspetiva jurídico-material alemã, qualifica como um *dever de proteção*¹³²⁷, em regra presente em qualquer pacto de jurisdição e associado à finalidade de não frustrar o objetivo da vinculação ao pacto, e um *dever de prestação*, de eficácia mais intensa e suscetível de ser acordado. O exemplo dado é o da posição perante o litígio pendente no *forum derogatum*, em que a exigência de uma desistência da ação poderia ser desentranhada do *dever de prestação*, já não do *dever de proteção*. Por fim, no contexto jurídico-europeu, afirma-se a presença de um dever de proteção, com consequências ao nível indemnizatório, no pressuposto de que também junto do *forum derogatum* a ação deva ser rejeitada¹³²⁸.

Outrossim de reter são as palavras de Peter SCHLOSSER, para quem, no confronto com a competência convencional meramente interna, há, nos pactos de jurisdição, uma “*inevitabilidade prática*” de deduzir os aludidos efeitos jurídico-materiais pela sua violação¹³²⁹. Bastaria atentar em tudo aquilo que envolveria, no seu exemplo, a propositura de ação em tribunal *estadunidense*, em contravenção de um acordo de eleição do foro *alemão*: pense-se nos possíveis expedientes processuais relativos à própria determinação da competência internacional do tribunal, como a *jurisdictional discovery*; a necessidade de contratar, para o efeito, advogados, muitas vezes impondo custos

¹³²⁶ V., com indicações, MARTIN GEBAUER, "Gerichtsstandsvereinbarung und Pflichtverletzung", cit., pp. 270, 271. Entre os aí citados está WILHELM ENDEMANN, *Das deutsche Zivilprozeßrecht*, Scientia-Verlag, Aalen, 1868 (reimpr. 1969), processualista alemão que, em 1868, pôs por escrito que um acordo de vontades celebrado fora do processo seria configurável como causa de "um direito obrigacional ao cumprimento da obrigação assumida de se apresentar junto do tribunal respetivo" (p. 234).

¹³²⁷ Entre nós, sobre os deveres de proteção, v. por todos MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, BFD (separata do vol. XXXVIII), Coimbra, 1994, *passim*.

¹³²⁸ MARTIN GEBAUER, "Gerichtsstandsvereinbarung und Pflichtverletzung", cit., pp. 277 ss..

¹³²⁹ PETER SCHLOSSER, "Materiell-rechtliche Wirkungen von (nationalen und internationalen) Gerichtsstandsvereinbarungen?", in WOLFGANG HAU / HUBERT SCHMIDT (HRSG.), *Facetten des Verfahrensrechts — Liber Amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007*, 2007, p. 115.

elevados, ao menos se verdadeiramente se pretender limitar ou anular a exposição a este risco jurisdicional; a necessidade ou conveniência de contratar apoio jurídico alemão e estadunidense (basta pensar que, se toda ou grande parte da atividade da empresa em causa tiver o seu centro na Alemanha, a administração central não estará segura — nem estará, porventura, acrescentamos, a assegurar o pleno cumprimento dos seus deveres gerais de administração — se não colocar os seus *advogados centrais* a acompanhar o caso, eventualmente articulados com os *advogados locais*); a condução do processo terá lugar numa língua que, ainda que familiar, não é a língua de trabalho da empresa alemã, nem tão-pouco dos seus *advogados centrais*, o que acarreta trabalho acrescido e necessariamente custos agravados. Enfim, todo este quadro explica que, na prática, a escolha de um foro competente para determinada relação jurídica seja objeto, no comércio internacional, de negociação, por contraste com a escolha do foro em situações puramente internas, que, na verdade, quase nunca — ou, seguramente, em muito menos casos — é objeto de contestação, na formação do contrato, pela contraparte do seu proponente¹³³⁰.

Ainda que o ponto nos suscite muitas dúvidas, sempre se poderá deixar uma abertura, que vibra em simpatia com as ideias contrárias a um *direito de ação absolutizado* e a uma *autosuficiência exclusivista* de sanções processuais, como a da litigância de má-fé¹³³¹, no sentido de que o pacto de jurisdição que atribua exclusiva

¹³³⁰ PETER SCHLOSSER, "Materiell-rechtliche Wirkungen", cit., p. 116.

¹³³¹ Ideias desenvolvidas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, *passim* (citámos a p. 40; sobre o conceito de má-fé processual, "uma modalidade do dolo processual que consiste na utilização maliciosa e abusiva do processo", v. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 355; sobre a distinção, no quadro do estudo desta má fé, entre *dolo substancial* (que "diz respeito ao fundo da causa, ou melhor, à relação jurídica material ou de direito substantivo") e *dolo instrumental* (que "diz respeito à relação jurídica processual"), ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado — Volume II — Artigos 409.º a 486.º*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1949, p. 263). Com efeito, se nos colocarmos no plano processual *interno*, é de referir que, mesmo nos sistemas processuais continentais de raiz romano-germânica, encontramos certos *remédios* que incorporam aspetos indemnizatórios na sanção por violação de regras processuais. No discurso de António MENEZES CORDEIRO (mas v. tb., concordante nas conclusões, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Processual por*

Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo — A Responsabilidade por Pedido Infundado de Declaração da Situação de Insolvência ou Indevida Apresentação por Parte do Devedor, Almedina, Coimbra, 2006, p. 14; cfr. ainda PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, maxime pp. 361 ss.), identifica-se um problema em matéria do “tipo de reação a desenvolver, em face de prevaricações processuais. Historicamente — e ao contrário do que sucede noutros Direitos — o Direito português desenvolveu o instituto da litigância de má-fé. Trata-se, antecipando, de um esquema pesado, anquilosado e que não tem qualquer eficácia: nem compensatória, nem dissuasiva. No entanto e — do nosso ponto de vista — por desconhecimento da evolução e da atual essência do abuso do direito e da responsabilidade civil, a litigância de má-fé é (por vezes) apresentada como afastando, do âmbito do processo, qualquer outro instituto: preventivo ou reparador. Mal.” (id., *ibid.*, p. 39) — continuando o Professor de Lisboa: “Consideramos um grave erro jurídico-científico e, ainda, uma errada opção política o pretender limitar as exações processuais à censura permitida pela litigância de má-fé. Vamos mesmo mais longe: apenas uma profunda ignorância da ciência do direito subjetivo e um desconhecimento dos institutos em presença conduzem a tal resultado” (pp. 39-40). MENEZES CORDEIRO recorda que as referidas ideias de um “direito de ação absolutizado” e de uma “autossuficiência exclusivista” do instituto da litigância de má-fé para sancionar os comportamentos processuais abusivos têm na sua origem a “contraposição entre conceitos substantivos de aferição, portanto os que enformam a decisão jurídica de mérito, e conceitos adjetivos de individualização — isto é, os que identificam (individualizam) a causa nos sujeitos e no objeto” (p. 40). Após descrição das teses materiais e processuais, com as respetivas variações, conclui-se que “uma autonomia de fundo dos conceitos processuais acabaria por falsear o próprio objetivo do processo, assente numa decisão material que, em síntese constitutiva, poria termo à dualidade processo/substância”, razão pela qual a ciência jusprocessual hodierna, numa orientação “de fundo processual”, aceita a “dualidade de conceitos” ao afirmar um “plano adjetivo, desde o pedido/causa de pedir e até à formação de caso julgado”. Haverá assim uma “autonomia efetiva” das normas processuais; mas “a dualidade desaparece com a síntese final: a sentença transitada, que vale como realidade jurídica material”. Pois bem: é sobre esta base dogmática que MENEZES CORDEIRO delinea três teses: “1.ª A litigância de má-fé surge como um instituto tipicamente processual e que permite, no momento, velar por alguns valores do processo; por si, não é capaz de ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação. 2.ª O abuso do direito de ação obedece aos ditame gerais dos exercícios admissíveis, subordinando-se ao competente regime; não é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e permite, nos termos gerais, fixar os limites internos do direito de ação. 3.ª A responsabilidade civil por incumprimento ou por factos ilícitos, perpetrados pelo exercício do direito de ação ou a coberto desse direito, segue as competentes regras e tem fins preventivos e reparadores gerais; tão-pouco é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e demarca, também nos termos gerais, os limites externos do direito de ação.” (p. 43). Mas parece importante sublinhar que, ao inscrever-se como limite externo do direito de ação, a responsabilidade civil não deve ser objecto de uma consagração maximalista, ao ponto de o seu exercício, ou a ameaça do seu exercício, conduzir por sua vez a uma frustração do constitucionalmente garantido direito de ação: aliás, sublinha a dado passo MENEZES CORDEIRO, “estas regras [arts. 1.º e 2.º CPC] devem ser aproximadas do artigo 20º da Constituição, que garante o acesso ao Direito e tutela judicial efetiva” (p. 37). O Autor sentencia, a dado passo: “O exercício do direito de ação pode, logo por si, implicar uma violação contratual. Assim sucederá quando ele traduza a inobservância de um pactum de non petendi ou de uma convenção arbitral. A culpa in agendo resultará, então, do incumprimento de um contrato, o qual, nos termos gerais e sendo válido, deve ser cumprido até às últimas consequências. Seguir-se-á a responsabilidade contratual, nos termos dos artigos 798º e seguintes”, a par de hipóteses de responsabilidade civil extracontratual; quanto a ambas, conclui-se, “a parte responsável responde por dolo ou por negligência, devendo indemnizar todos os danos: prejuízos emergentes e lucros cessantes. Perante uma pessoa coletiva: esta responde, nos termos

competência convencional a tribunal diferente do demandado é *um* dos elementos a tomar em consideração, e não necessariamente *o único*, na apreciação pelos tribunais nacionais da conduta processual dos sujeitos¹³³². Vem à mente uma analogia com a boa solução

gerais, pelos ilícitos perpetrados pelos titulares dos seus órgãos" (pp. 188-189) (para o exemplo de um acórdão que vai no sentido de que há *abuso do direito de ação judicial*, cfr. STJ, proc. n.º 08A3127, Relator: Fonseca Ramos (2008.11.04); e em primordial estudo sobre (entre outros) o *abuso de processo*, para uma primeira análise comparatística do direito alemão, francês e da situação anglo-americana, veja-se com interesse a dissertação de mestrado de KLAUS J. HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schutz gegen unberechtigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren*, C. H. Beck, München, 1968, designadamente pp. 58 ss., 87 ss., 134 ss.). Bem se verá que, perante o arrazoado longamente transcrito, ora tomado como o justo ponto de partida de uma perspetiva processual *interna*, haverá contudo especialidades introduzidas pela presença de elementos de estraneidade, bem como das valorações jurisdicionais jurídico-europeias. O âmbito da ilicitude, bem como, por conseguinte, o âmbito dos danos a ressarcir, podem encontrar uma mitigação importante no *princípio da confiança mútua*. É que este obriga — parece ainda obrigar — a que tomemos à partida como equivalente o recurso aos tribunais do Estado-membro *A* ou *B* (ainda que na realidade bem se saiba, em dado caso, que o recurso a outro tribunal é parte da *"astúcia"* de que falava expressivamente PAULO A. V. CUNHA, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, Lisboa, 1935, cujas expressivas palavras merecem leitura para além do seguidamente truncado: *"Todo o processo é uma luta. Imagem clássica, mas imagem incontestavelmente verdadeira. Com mais ou menos acessórios (...) a realidade substancial é sempre a mesma: até por definição — uma contentio. Ora a ideia de luta supõe de algum modo a ideia de astúcia. Pelo próprio facto de serem contendores, o autor e o réu não-de actuar com o fito principal e dominante de ganhar a partida e de vencer o adversário, não o poupando, não lhe perdoando as fraquezas, os deslizes e as ingenuidades. (...) Os litigantes teem de ser honestos, mas não teem de ser ingénuos. São homens, não são heróis. Postular a boa fé em termos absolutos seria excessivo. Seria impossível. Ter-se-ia inclusivamente de expulsar do direito adjectivo todos os meios de defesa de carácter puramente processual: todavia eles são imprescindíveis; constituem até, indirectamente, a melhor fiscalização da própria moralidade e justiça do processo. (...) Há que não resvalar da boa fé para a candura"* (pp. 21-23)). Logo, ainda que se pudesse, por exemplo, comprovar que o respeito pela cláusula jurisdicional teria levado em média à resolução daquele litígio, pelas suas características, em *x* meses, ao passo que a média do *forum derogatum* demandado seria *x + y* para um litígio em tudo semelhante (e supondo ademais que haveria dados fidedignamente utilizáveis para fazer prova de uma tal asserção), cabe perguntar se esta *diferença na eficiência judicial* poderia ser legitimamente computada no juízo sobre a ilicitude e o alcance do dano a indemnizar; o que, na ausência de cláusula relativa aos direitos do credor do pacto de jurisdição, será de difícil compatibilização com o direito jurisdicional europeu no seu estágio atual.

¹³³² Na construção de BRIGGS, embora se possa criticar a qualificação *contratual* na plenitude das consequências que daí se pretende retirar, é de reter a chamada de atenção do Professor inglês para que as obrigações *"jurisdicionais"* assumidas também exigem *"cumprimento"* (*performance*), no sentido de *"fidelidade ou observância"* — um jogo terminológico que é particularmente interessante, por isso que, na singeleza desta afirmação, pode ela valer também, dir-se-á, para uma qualquer outra visão (menos, ou de modo algum, *contratual*) das convenções jurisdicionais. Ou seja, não é por ser *processual* que a vinculação deixa de ter que ser cumprida, no sentido de *observada*, de o *devedor* a ela se manter *fiel*. As consequências que se derivem do *incumprimento* da conduta processualmente devida poderão, assim, ter em consideração essa exigível *fidelidade* ou *observância*: v. ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, cit., *maxime* n.º 4.66.

dada pela doutrina a um problema jurídico-societário, nomeadamente o de saber como apreciar os atos preparatórios e/ou executórios, pelos administradores, de uma deliberação social, em que estes se amparem para se furtarem à responsabilização¹³³³: num como noutro contexto, poderemos falar na importância de uma *não justificabilidade*, através do *procedimento* (num sentido amplo)¹³³⁴, da *ilicitude* ao nível da *materialidade* subjacente ao (ou encoberta pelo) mesmo procedimento. Ademais, a convocação de mecanismos como os acima referenciados a propósito da *invalidade das deliberações* e do *dever de lealdade*, poderia, numa espécie de *efeito reflexo*, militar em favor da indemnizabilidade do dano que resulta do comportamento do sócio que se traduza, concomitantemente, no incumprimento de um pacto de jurisdição: em face do artigo 58.º, n.º 3, do CSC, temos a eventual responsabilização do sócio que votou abusivamente pelos prejuízos causados; em face do que se entenda serem as consequências de violação do dever de lealdade, elas

¹³³³ Referimo-nos às constelações de factos que envolvem a tomada de deliberações pelos sócios, em matéria de gestão, a pedido do órgão de administração: em oposição a uma leitura restritiva (na perspetiva da responsabilização dos administradores), que se baseasse na letra legal para *justificar* a conduta gestória em amplas hipóteses, é francamente mais convincente a visão que, lendo restritivamente o teor normativo do art. 72.º, n.º 5, do CSC ("*A responsabilidade dos gerentes ou administradores para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável*"), não encontra nele *justificação* para os *atos preparatórios* ou *atos de execução* das ditas deliberações sociais: v. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., *maxime* pp. 366 ss. (em face do direito anterior ao CSC); JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores", cit., pp. 52-53 (na articulação com a responsabilidade do sócio controlador; a esse propósito, v. tb. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 106-107); JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 60 ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pp. 51 ss.; e JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 72.º — Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, anot. n.º 4.2..

¹³³⁴ CHIOVENDA lembrava que falamos em *procedimento* e em *processo* porque nos referimos a "uma série de atos que *procedem* para o ato final": GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1922 (trad. espanhola da 3ª ed. italiana de José Casais y Santaló; notas de Alfredo Salvador (1977); reimpr. 2000), p. 115.

poderão incluir a responsabilidade civil, preenchidos que estejam os respetivos pressupostos¹³³⁵.

De todo o modo, as dúvidas assinaladas apenas se colocam perante a hipótese de os estatutos, ou outro instrumento em que se inscreva o pacto de jurisdição, não acautelarem convencionalmente as consequências do seu incumprimento através de uma *cláusula penal*, cuja admissibilidade hoje nos parece, sem embaraço, de afirmar¹³³⁶. Para

¹³³⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social*, cit., p. 355; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Grupos de Sociedades. Aquisições tendentes ao Domínio Total*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 56.

¹³³⁶ Favoráveis, em face de Bruxelas I(a), v. entre outros GERHARD WAGNER, "Art. 23 EuGVVO", cit., Rn. 150, 165; PETER GOTTWALD, "EuGVO Art. 23", cit., Rn. 97; ULRICH MAGNUS, "Art 25", cit., n.º 166; em geral e com cautelas, sobretudo em função da lei material que seja considera competente, tb. KOJI TAKAHASHI, "Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement", in *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008), 2009, pp. 87-88. Com análise muito interessante, que parte da negação da validade de meros *Kostenerstattungsansprüche* (a favor dos quais se pronuncia, no espaço europeu, THOMAS PFEIFFER, "Die Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs", in WOLFGANG HAU / HUBERT SCHMIDT (HRSG.), *Facetten des Verfahrensrechts — Liber Amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007*, 2007, p. 83), em que se trate apenas da liquidação antecipada dos danos — uma vez que o *Primäranspruch* tutelado é idêntico ao das *anti-suit injunctions*, que foram tidas por inadmissíveis no plano jurídico-europeu, nos termos descritos —, mas aceita a validade de cláusulas penais propriamente ditas (*Vertragsstrafe*), por isso que nestas há já um considerável afastamento daquele (inadmissível, em termos jurídico-europeus) *Primäranspruch*, v. PETER MANKOWSKI, "Ist eine vertragliche Absicherung", cit., pp. 33 ss., registando (p. 34) o paradoxo de que esta construção acaba por aceitar *apenas* a validade do meio de proteção, de entre os discutidos, que mais fortemente tutela a posição da parte não inadimplente do pacto de jurisdição (a aceitação destas espécies de cláusulas penais resulta da superação de um *modelo unitário* tradicional, que no passado via nela uma figura em que a função *indemnizatória* era *omnipresente*, não ocupando a função *coercitiva* mais do que um papel *secundário* e *eventual* (era por isso irrelevante, para o respetivo regime jurídico, averiguar o *escopo* que determinou a sua estipulação); mas foi sendo recebida pelos sistemas romano-germânicos a diferenciação, típica de certos sistemas de *Common Law*, entre a *cláusula penal propriamente dita* ou *em sentido estrito*, com *finalidade coercitiva*, e a simples *liquidação do dano*, destinada a *pré-avaliar* a indemnização (passa, portanto, a relevar o *escopo* que determina a estipulação da cláusula); v. por todos, ora seguido de perto, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (reimpr.: 1999), pp. 601 ss.; mas cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002 (reimpr.: 2007), pp. 247 ss.; veja-se, por fim, na tese de doutoramento do primeiramente citado Professor de Coimbra, a diferenciação perante as *penas associativas* (*Vereinsstrafen*), que, tal como aí analisadas, manifestamente não estarão em causa nas hipóteses que consideramos. Não é a circunstância de nos movermos no contexto *estatutário* que levaria necessariamente àquela qualificação, podendo ambas — *pena associativa* e *cláusula penal* — coexistir num mesmo instrumento estatutário: "*Haverá, assim, que apurar, em cada caso, se se está perante esta última figura ou em face de sanções daquela índole*" (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 154, de onde citámos, e pp. 139 ss.). No sentido de que, também de uma perspetiva jurídico-societária, na medida em que a cláusula de escolha de foro se trate de uma vinculação obrigacional,

a cláusula penal por incumprimento do pacto de jurisdição, à semelhança do que sucede em geral quanto à cláusula penal relativa ao *contrato principal*¹³³⁷, não se veem objeções de princípio a que ela seja submetida, por escolha das partes, a uma lei diferente da que rege as demais questões normativas associadas ao pacto de jurisdição.

8. Indicação de sequência

Nas linhas deste capítulo que antecedem, procurámos desenhar alguns dos termos em que os questionamentos jurisdicionais e societários se interligam, no que respeita à regulação europeia sobre o pacto de jurisdição em matéria societária. Esse exercício, entre outros resultados, permitiu-nos ver que um eventual controlo da abusiva inserção de cláusulas nos estatutos, ou do seu abusivo exercício, é porventura insuscetível de ser fixado *em geral e em abstrato*, como se vem dizendo na interpretação do artigo 25.º de Bruxelas Ia e seus antecessores¹³³⁸. E se isso se diz em relação a cláusulas atributivas de jurisdição em geral, no quadro de Bruxelas Ia, não é antagónica a conclusão a retirar de uma análise do modo como as convenções especificamente jurídico-societárias (independentemente do contexto jurisdicional) devem ser interpretadas, como aliás se vem afirmando¹³³⁹.

ainda que formalmente inserida nos estatutos, nada obstará a que, para a hipótese do seu incumprimento, seja prevista uma cláusula penal, HARTMUT WICKE, "§ 3 GmbHG", cit., Rn. 109; cfr. tb., a propósito de cláusulas penais em sindicatos de voto, MATHIAS HABERSACK, "Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien", in *ZHR*, vol. 164, 2000, p. 2.

¹³³⁷ V. MARIA HELENA BRITO, "O princípio do direito único como instrumento jurídico da coerência em direito internacional privado", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 989.

¹³³⁸ ULRICH MAGNUS, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", cit., p. 801; v. tb., p. ex., JAN KROPHOLLER / JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., Art. 23 EuGVO, Rn. 89; PETER MANKOWSKI, "Art 23 Brüssel I-VO", cit., Rn 12e ss..

¹³³⁹ HOLGER FLEISCHER, "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen", cit., p. 210.

Ora: a pequena contribuição que aqui pretendemos construir de seguida é a de, observando um determinado contexto jussocietário em que a utilização de pactos de jurisdição societários faz praticamente sentido, a saber, o das ações sociais de responsabilidade propostas pelo sócio, delinear os contornos que as particulares características de uma tal fórmula processual, atentos os fins a que colima, impõem para que a inserção (e a ulterior invocação) de uma tal cláusula seja admissível, válida e eficaz, ou pelo contrário inviabilizada, ora por falhas na reunião dos pressupostos legais-societários, ora pelo eventual carácter abusivo da sua invocação ou exercício.

A partir do momento em que, desde o início, delimitámos um domínio jurídico-material de relevo, e após os interrelacionamentos que procurámos registar, as nossas reflexões poderão beneficiar, a nosso ver, deste último húmus, aplicado sobre o campo já lavrado, e que porventura o fertilize um pouco mais, através do manuseamento de algumas normas que, na ordem jurídica societária, regem os comportamentos sociais que ora mais importam, em face da matéria em investigação. É aquele significado e valor das regras de direito das sociedades relevantes que se imporá determinar, uma vez que é com tal substrato que se poderá, em coerência, encontrar a melhor solução para as particularidades hermenêuticas que se suscitam na aplicação do artigo 25.º de Bruxelas Ia (ou, na verdade, de qualquer regra de conflitos de jurisdições), em especial, ao contexto societário.

CAPÍTULO V — Convenções relativas à ação social de responsabilidade

1. Introdução

Neste derradeiro Capítulo, como anunciado, propomo-nos um último exercício de entrecruzamento entre as análises *societária* e *jurisdicional*. Centramo-nos agora numa particular regra societária, para indagarmos as implicações jurisdicionais que, intuímos, a ela poderão associar-se: trata-se, essencialmente, das 2.^a e 3.^a partes do n.º 1 do artigo 74.º do CSC.

Vejamos, introdutoriamente, o teor completo do artigo 74.º:

Artigo 74.º

Cláusulas nulas. Renúncia e transacção

1 — É nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores, ou que subordine o exercício da acção social de responsabilidade, quando intentada nos termos do artigo 77º, a prévio parecer ou deliberação dos sócios, ou que torne o exercício da acção social dependente de prévia decisão judicial sobre a existência de causa da responsabilidade ou de destituição do responsável.

2 — A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social; os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação.

3 — A deliberação pela qual a assembleia geral aprove as contas ou a gestão dos gerentes ou administradores não implica renúncia aos direitos de indemnização da sociedade contra estes, salvo se os factos constitutivos de responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento dos

sócios antes da aprovação e esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos pelo número anterior.

O artigo 74.º do CSC define as fronteiras, relativamente estreitas, dentro das quais se contém o território de possíveis modelações da *responsabilidade* de fundadores, gerentes e administradores, bem como o respetivo *modo de exercício*.

O n.º 1 trata as cláusulas, inseridas nos estatutos da sociedade ou em outros instrumentos negociais, que, *material* ou *processualmente*, visem modelar aquela responsabilidade e o seu modo de exercício. Quanto aos aspetos *jurídico-materiais*, proíbe-se a cláusula de limitação ou de exclusão da responsabilidade; quanto aos *jurídico-processuais*, proibem-se as chamadas *cláusulas de parecer*, a que se pretendesse subordinar o exercício *ut singuli* da ação social de responsabilidade, tal como previsto no aí citado artigo 77.º do CSC.

O n.º 2 do artigo 74.º determina os termos em que, não já por cláusula *previamente* estipulada, mas sim em face de um *atual e concreto* direito de indemnização, é admissível uma *renúncia* ou uma *transação* sobre o mesmo.

Por fim, o n.º 3 relaciona-se com este último preceito (de que consta uma exigência de *deliberação expressa dos sócios*, sem o desacordo de uma minoria qualificada de dez por cento), modelando-o para o particular contexto da aprovação de contas, ao aceitar que possa valer uma deliberação *tácita* de renúncia¹³⁴⁰ se “*os factos constitutivos de responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento dos sócios antes da aprovação e esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos*” pelo n.º 2.

É, pois, o n.º 1 — mais precisamente, a 2.ª e 3.ª partes do n.º 1 — do artigo 74.º que mais diretamente importa para estabelecer o regime jurídico das *convenções relativas à ação social de responsabilidade*, em sociedades comerciais de direito português. De

¹³⁴⁰ JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 2.1..

todo o modo, iniciemos com uma breve referência à história desta regra, no conjunto dos seus vários números.

2. História legislativa do artigo 74.º do CSC

2.1. O n.º 1 do artigo 74.º do CSC

A primordial fonte para a compreensão do atual artigo 74.º, n.º 1, do CSC, é o estudo comparativo elaborado por Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA, no contexto da preparação do anteprojeto do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969¹³⁴¹. Na parte relativa à responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas, encontramos, no citado Decreto-Lei, o artigo 19.º, apontado expressamente pelos seus autores materiais como uma das “*inovações mais importantes*”¹³⁴², em face do Código Comercial.

Os seus termos eram os seguintes:

1. *É nula a cláusula que exclua ou limite a responsabilidade dos administradores, ou que subordine o exercício da acção social de responsabilidade, quando intentada nos termos do artigo 22.º [correspondente ao atual artigo 77.º do CSC], a prévio parecer ou autorização da assembleia geral.*
2. *A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele, mediante deliberação expressa da assembleia geral sem voto contrário de*

¹³⁴¹ RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas — Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português — Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969", in *BMJ*, n.ºs 192 (pp. 5 ss.) a 195 (pp. 21 ss.), 1970.

¹³⁴² RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 195, p. 23.

uma minoria de accionistas que represente pelo menos a décima parte do capital social; os administradores interessados não podem votar nessa deliberação.

- 3. A deliberação pela qual a assembleia geral aprove a gestão dos administradores não implica renúncia aos direitos de indemnização da sociedade contra estes, salvo se os factos constitutivos da responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento da mesma assembleia antes da aprovação e esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos pelo número anterior.*
- 4. O direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos, a contar do termo da conduta dolosa ou culposa do administrador, ou a partir da sua revelação, se aquela houver sido ocultada, e da produção do dano, sem necessidade de que este se tenha integralmente verificado.*
- 5. Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.*

Verificamos que a 1.^a parte do artigo 74.º, n.º 1, do CSC, se inspira no artigo 19.º, n.º 1, 1.^a parte, do Decreto-Lei n.º 49381, apenas com os acertos linguísticos devidos à inserção numa parte geral (deixando de regular apenas as sociedades anónimas para passar a abranger todos os tipos legais societários) e o acrescento clarificador de que a cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, que assim se proíbe, pode estar “*inserta ou não em contrato de sociedade*”. Isto é: o carácter formalmente *estatutário ou não estatutário* da convenção é desprovido de relevância na apreciação da sua validade. Ademais, quando os Autores fazem o estudo comparativo das “*cláusulas sobre a responsabilidade civil do administrador*”, subdividem-nas em “*cláusulas de exoneração ou limitação da responsabilidade, cláusulas de agravamento da responsabilidade e*

cláusulas de fixação do montante da indemnização (cláusulas penais)”, para além das “*cláusulas de inversão do ónus da prova*”¹³⁴³.

De seguida, o artigo 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 49381, revela-se como fonte próxima da também hoje consagrada proibição de sujeitar-se esta responsabilidade a “*prévio parecer ou deliberação dos sócios*”, para usar os termos atuais da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 74.º. No fraseado então plasmado, que bebe textualmente da fonte francesa¹³⁴⁴, dizia-se: “*prévio parecer ou autorização da assembleia geral*”.

Já, porém, a 3.ª parte do n.º 1 do artigo 74.º (“*ou que torne o exercício da acção social dependente de prévia decisão judicial sobre a existência de causa de responsabilidade ou de destituição do responsável*”) não encontra correspondência no articulado do Decreto-Lei n.º 49381. Não se vê menção à mesma até ao projeto completo de que foi incumbido Raúl VENTURA, conforme publicado em 1983 no *Boletim do Ministério da Justiça*¹³⁴⁵. Mas a compulsão da malograda proposta de Quinta Diretiva europeia em matéria de direito das sociedades, na sua versão, justamente, de 1983¹³⁴⁶, permite encontrar no artigo 17.º, n.º 1, *b)*, aquilo que se afigura como provável inspiração normativa.

Com efeito, após se prever, no artigo 14.º, um “*princípio geral*” de responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais, no artigo 15.º a “*acção social ut universi*” e no artigo 16.º a aí chamada “*acção social de grupo*”, previa o artigo 17.º da proposta de Quinta Diretiva, sob a epígrafe “*Não condicionalidade*”¹³⁴⁷:

¹³⁴³ RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, “Responsabilidade civil dos administradores”, cit., n.º 193, pp. 93 ss..

¹³⁴⁴ Mais precisamente, do artigo 246.º da lei francesa de 1966, conforme traduzida por RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, “Responsabilidade civil dos administradores”, cit., n.º 193, pp. 123-124.

¹³⁴⁵ “Código das Sociedades (Projecto)”, in *BMJ*, n.º 327, 1983: trata-se do artigo 94.º (com epígrafe idêntica à que hoje se mantém: *Cláusulas nulas. Renúncia e transacção*), p. 108.

¹³⁴⁶ Aquela que “*influenciou o legislador português de 1986, aquando da elaboração do Código das Sociedades Comerciais*”: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., p. 679.

¹³⁴⁷ Estamos a socorrer-nos da tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., pp. 680 ss..

-
1. *O exercício da ação social baseada nas disposições do artigo 14.º não pode ser condicionado nem por lei, nem pelos estatutos, nem por convenção:*
 - a) *A prévia decisão da assembleia geral ou de outro órgão da sociedade;*
 - b) *A prévia decisão judicial relativa às violações cometidas pelos membros dos órgãos de direção ou de vigilância ou sobre a destituição ou substituição destes.*
 2. *As disposições do número anterior não prejudicam o direito dos Estados-membros de determinar que a ação referida no artigo 16.º não possa ser exercida a não ser com a autorização prévia de um tribunal. Este poderá recusá-la caso entenda que a ação é manifestamente infundada.*

Repare-se como o n.º 2 do artigo 17.º da proposta de Quinta Diretiva não excluía a possibilidade de a lei nacional, que viesse a transpor este malogrado instrumento, exigir uma “*autorização prévia de um tribunal*”, a ser recusada quando se tratasse de ação “*manifestamente infundada*”. Mas cotejando de novo o articulado do CSC, o n.º 3 do artigo 74.º do Código de hoje aproxima-se do n.º 1, b), deste artigo 17.º, sem fazer eco da possibilidade, prevista no n.º 2 do artigo 17.º, de se limitar, por lei nacional, o exercício da ação social pelos sócios.

2.2. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 74.º do CSC

No que toca aos n.ºs 2 e 3 do artigo 74.º, o legislador português foi mais fiel ao passado recente — isto é, ao teor dos n.ºs 2 e 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 49381 — do que influenciado pela proposta europeia de Quinta Diretiva.

Nesta última, em artigo 18.º dedicado à “[r]enúncia à acção social”¹³⁴⁸, propunha-se o seguinte:

1. *A renúncia à acção social baseada no artigo 14.º não decorre:*
 - a) *Da mera aprovação, pela assembleia geral, das contas relativas ao exercício em cujo decurso ocorreram os factos danosos;*
 - b) *Da mera quitação concedida pela assembleia geral aos membros dos órgãos de direcção ou de vigilância a propósito desse exercício.*
2. *A renúncia em causa fica subordinada:*
 - a) *À determinação dos danos;*
 - b) *A uma deliberação expressa da assembleia geral; essa deliberação não prejudica o direito conferido pelo artigo 16.º a um ou a vários accionistas que reúnam as condições do referido artigo, desde que tenham votado contra ela ou tenham formulado, contra ela, uma oposição registada em acta.*
3. *As disposições deste artigo aplicam-se a qualquer transacção relativa à acção de responsabilidade concluída entre a sociedade e o membro de algum dos seus órgãos cuja responsabilidade tenha sido posta em causa.*

O n.º 2 do artigo 74.º do CSC é quase idêntico ao n.º 2 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 49381. A maior diferença, ainda assim pouco mais do que linguística, está na parte final, em que a expressão “*os administradores interessados não podem votar nessa deliberação*” é substituída por “*os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação*”. A alteração foi apropriada, uma vez que a lei de 1969 se referia a *administradores* mas não *enquanto tais*, antes enquanto *simultaneamente acionistas* (ou, hoje, porque o CSC se aplica não só a sociedades anónimas, *simultaneamente sócios*), pois é nesta última qualidade que, claro está, participam na deliberação expressa a

¹³⁴⁸ Em epígrafe; mas o seu n.º 3 estende o preceito também à *transacção* (v., de seguida, em texto).

tomar¹³⁴⁹. De resto, em geral quanto a este preceito, pode encontrar-se a sua razão de ser, ou ao menos o espírito subjacente à estatuição, nas palavras do estudo comparativo dos Autores do Anteprojeto, que, referindo-se aos “*factos extintivos*”, em particular a “*remissão e transacção*”, abriam com o seguinte asserto: “*De modo geral, pode dizer-se que a remissão e a transacção quanto à responsabilidade do administrador estão sujeitas a requisitos mais rigorosos que os exigidos pela regulamentação comum. Isso constitui obviamente factor agravante da responsabilidade dos administradores, o qual se considera todavia justificado pelas circunstâncias particulares características das relações entre a administração e a assembleia geral nas sociedades comerciais — os administradores são frequentemente sócios maioritários — e pela necessidade de garantir quanto possível a seriedade da gestão social*”¹³⁵⁰.

O n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 49381, como os autores materiais da lei de 1969 expressamente sublinhavam, representou um corte com o preceito anterior correspondente, isto é, o artigo 190.º do Código Comercial¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ Para o direito anterior, propunham RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, p. 135: "*Parece, no entanto, de admitir a aplicação por analogia, às sociedades anónimas do artigo 39.º § 3, da LSQ, segundo o qual 'nenhum sócio por si, ou como mandatário, pode votar sobre assuntos que lhe digam directamente respeito'*".

¹³⁵⁰ RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, p. 51 (v., com notas de direito comparado de então, referentes a Alemanha, França e Itália, pp. 50-59). Veja-se ainda, com referências a doutrina italiana, JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 1.1.: "*O regime jurídico-societário das convenções de exclusão e de limitação da responsabilidade civil é mais severo do que o jurídico-civil. Importa saber porquê. A suportar a proibição da exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores são invocáveis várias razões: a) responsabilidade civil como contrapeso do poder e autonomia reconhecidos aos administradores; b) interesse geral na correcta e sã gestão das sociedades; c) tutela dos sócios minoritários e/ou de terceiros; d) possibilidade de os lesados, depois dos factos geradores da responsabilidade praticados pelos administradores, exigirem a indemnização ou, se assim entenderem, abdicarem dela (renunciando ou transigindo)*". A última razão, numa primeira leitura, não se afigura particular do regime jurídico-societário, por referência ao comum regime jurídico-civil; mas ela deve, parece-nos, ser lida no sentido de que se mantém, após os factos geradores da responsabilidade, um *espaço de modelação* (ao nível das decisões de exigir, renunciar ou transigir sobre o crédito indemnizatório) que segue regras muito particulares do âmbito jurídico-societário, nomeadamente a necessidade, à partida, de uma deliberação social expressa dos sócios, bem como o papel da oposição de minorias qualificadas nessa sede.

¹³⁵¹ V. RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 195, p. 23 ("A ineficácia da aprovação da gestão (balanço e contas de gerência) dos administradores como

O seu teor era, conforme a Carta de Lei respetiva:

A aprovação da assembléa geral ao balanço e contas de gerencia da administração liberta os directores e os membros do conselho fiscal da sua responsabilidade para com a sociedade, decorridos que sejam seis mezes, salvo provando-se que nos inventarios e balanços houve omissões ou indicações falsas com o fim de dissimular a situação da sociedade.

É assim que, no fim de contas, temos um n.º 3 do artigo 74.º do CSC que fica como que *a meio caminho* de entre estas várias fontes inspiradoras: se, por um lado, toma como ponto de partida o contrário do disposto no Código Comercial de 1888, não mais conferindo carácter *liberador* à aprovação das contas pelos sócios, tão-pouco vai tão longe quanto negar toda e qualquer relevância a essa deliberação de aprovação de contas. Quando estejam preenchidas as duas exigências da última parte do preceito — a saber, “*os factos constitutivos de responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento dos sócios antes da aprovação*”; e “*esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos pelo número anterior*” —, considerar-se-á que a deliberação “*implica renúncia aos direitos de indemnização da sociedade*” contra os administradores.

Era diferente o articulado, ulteriormente proposto, no chamado *Anteprojecto de Coimbra* de uma lei sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada:

Artigo 29.º

(Renúncia aos direitos de indemnização da sociedade, transacção desta sobre eles e prescrição)

- 1. Na medida em que a indemnização for necessária para satisfação dos credores sociais, é ineficaz a renúncia da sociedade aos direitos referidos no artigo 28.º*

renúncia a direitos de indemnização da sociedade (artigo 19.º, n.º 3), ao contrário do que estabelecia o artigo 190.º do C. Com.”). Sobre este artigo do Código Comercial, v. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, Volume I, Empreza Editora J. B., Lisboa, 1914, p. 484.

[Responsabilidade dos fundadores e gerentes por irregularidades de constituição de sociedades] *bem como a transacção sobre esses direitos, salvo se o obrigado estiver impossibilitado de cumprir as suas obrigações e fizer concordata com os seus credores para evitar declaração de falência ou insolvência, ou suspender o respectivo processo.*

2. *O direito às indemnizações previstas no artigo 28.º prescreve no prazo de cinco anos, a contar da inscrição da sociedade no registo comercial, ou do acto ou omissão que fundamenta a obrigação de indemnizar, se for posterior.* ^[1352]

Em comentário a esta proposta, esclareciam os seus Autores:

Nestas disposições, inspiradas no Projecto alemão ^[1353], institui-se um regime particularmente severo de responsabilidade por certos factos relacionados com a constituição da sociedade. Pretende-se, assim, proteger, em primeira linha, a sociedade e, reflexamente, os credores sociais. No n.º 1 do primeiro destes artigos ^[1354] consagra-se a responsabilidade dos fundadores e gerentes pela inexactidão ou deficiência das indicações e declarações prestadas aquando da constituição da sociedade, bem como pela execução dos preceitos relativos à realização das entradas em dinheiro e em espécie. No n.º 3 do mesmo artigo prescreve-se um outro tipo de responsabilidade dos fundadores que tiverem adoptado certos comportamentos lesivos do interesse da sociedade, na fase de constituição desta; será o caso de uma sobreavaliação, não detectada pelo

¹³⁵² ANTÓNIO FERRER CORREIA / VASCO DA GAMA LOBO XAVIER / ANTÓNIO A. CAEIRO / MARIA ÂNGELA COELHO, "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto de lei - 2.ª redacção revista", in *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho), 1979, pp. 151-152.

¹³⁵³ Isto é, os "Projectos alemães de reforma da lei das sociedades por quotas (o *Referentenentwurf*, de 1969, e o *Regierungsentwurf*, de 1971)" que os Autores identificam entre as "fontes principais" do Anteprojecto: ANTÓNIO FERRER CORREIA / VASCO DA GAMA LOBO XAVIER / MARIA ÂNGELA COELHO / ANTÓNIO A. CAEIRO, "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto de lei - 2.ª redacção e exposição de motivos", in *Revista de Direito e Economia*, Ano III, n.º 1 (Janeiro/Julho), 1977, p. 154.

¹³⁵⁴ Ou seja, o artigo 28.º, o que se justifica porque a anotação transcrita surge textualmente após uma redacção conjunta dos artigos 28.º e 29.º.

conservador, do objecto de uma entrada em espécie ou do objecto de uma aquisição de bens efectuada nos termos do artigo 13.º [Entradas em espécie e aquisição de bens], e ainda de uma despesa de constituição injustificada, como, por exemplo, o pagamento de um parecer técnico desnecessário.

*O artigo 29.º, n.º 1 pretende defender os credores sociais contra a possibilidade de a sociedade renunciar aos direitos de indemnização referidos no artigo anterior.*¹³⁵⁵

Como vemos, os Autores do Anteprojeto de Coimbra manifestavam a intenção de, “*em primeira linha*”, instituir-se um regime de defesa *da sociedade*, que apenas “*reflexamente*” tutelaria os credores sociais. Mas essa não deve ser tomada como asserção devisiva para caracterizar, em geral, a previsão de regras sobre a *renúncia e transação*, uma vez que deve ser lida no respetivo contexto: a saber, a criação de duas disposições, uma primeira (28.º) expressamente relacionada, apenas, com a *constituição da sociedade*, e uma segunda (29.º), relativa à *renúncia e transação* (e *prescrição*) quanto aos direitos de indemnização por irregularidades na constituição da sociedade.

3. O alcance da proibição de cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC)

Por referência ao aludido n.º 1 do artigo 74.º do CSC, na sua primeira parte, que aparentemente proíbe *toda e qualquer* limitação ou exclusão de responsabilidade¹³⁵⁶, não é inequívoca, na nossa doutrina, a validade de tais cláusulas, quando cingidas aos casos

¹³⁵⁵ ANTÓNIO FERRER CORREIA / VASCO DA GAMA LOBO XAVIER / MARIA ÂNGELA COELHO / ANTÓNIO A. CAEIRO, "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto", cit., p. 181.

¹³⁵⁶ Sobre os termos em que, no direito civil português, são reguladas tais cláusulas, v. por todos ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1985 (reimpr.: 2003), *passim*.

de *culpa leve*. Se, por um lado, a admite CALVÃO DA SILVA, com base nas regras gerais do direito civil¹³⁵⁷, já COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS têm opinião contrária, no sentido de que tais cláusulas serão proibidas “*independentemente do grau de culpa do administrador*”¹³⁵⁸.

Antes de mais, é de sublinhar que qualquer das opiniões se afigura *a priori* sustentável, com base nos diversos elementos normativos disponíveis. O legislador não é suficientemente claro na delimitação entre os domínios próprios do direito societário e do direito civil, para que se possa aqui peremptoriamente afirmar a supremacia de uma das perspectivas. Porque se virmos o problema de um prisma que procure, sempre que possível, o apoio nas soluções civilísticas para o remate do regime legal comercial e societário, lá onde este não seja definitivamente esclarecedor, a primeira opinião ganha fôlego. Contudo, se, pelo contrário, partirmos de uma leitura mais autónoma¹³⁵⁹ do direito societário e apenas nos desviarmos do teor textual da lei das sociedades quando uma especial e premente valoração *propriu sensu* jussocietária o comande, então, não poderemos encontrar justificação para a leitura restritiva do n.º 1 do artigo 74.º do CSC sem vencermos, com algum grau de certeza, a aparente definitividade dessa letra legal.

Por um lado, é certo que o sistema jurídico-societário abre espaços de modelação em matéria de responsabilidade dos membros dos órgãos sociais, como é, aliás, demonstrado pelas possibilidades de *renúncia* e *transação* do n.º 2 do artigo 74.º — ainda

¹³⁵⁷ JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Corporate Governance' — Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão", in *RLJ*, Ano 136.º, n.º 3940, 2006, p. 58.

¹³⁵⁸ JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 1.1.. Noutro escrito, ELISABETE RAMOS abre espaço para alguma diferenciação: "Trata-se [o artigo 74.º, n.º 2], parece, de uma norma que não acompanha o regime jurídico-civil, mas que estatui uma solução específica para o direito societário. Ainda que se admitisse a exclusão/limitação por culpa leve, parece-nos que uma solução unitária (válida para todos os tipos societários) não seria satisfatória." — MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores — Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 170, n. 696.

¹³⁵⁹ V. a propósito, e apesar das várias interrogações aí levantadas, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Sobre a (Não) Reautonomização do Direito Comercial", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, sobretudo pp. 18-19.

que *a posteriori* e sujeitas às expressas exigências deliberativas (e sem uma minoria qualificada contrária) descritas¹³⁶⁰.

Por outro lado, parecem fortes alguns dos argumentos que podem ser aduzidos em favor da não aceitação de desvios neste ponto em função da graduação da culpa. Em primeiro lugar, a *certeza e segurança jurídica* que esta área de regulamentação reclama não são facilmente compagináveis com uma possibilidade de exclusão ou limitação de responsabilidade não divisável no regime legal que propriamente lhe foi dedicado. Em segundo lugar, o regime da responsabilidade dos administradores é um ponto fundamental do direito das sociedades enquanto complexo de normas jurídico-associativas (enquanto *Verbandsrecht*). É ele uma das fundamentais salvaguardas em face dos *custos de agência* que a separação entre gestão e propriedade, por definição, comporta.

Não se compreenderia, pois – sobretudo, não compreenderiam os sócios e demais destinatários e beneficiários daquela responsabilidade –, pudesse aceitar-se um desvio ao regime consagrado na lei societária, sem que a justificá-lo houvesse um mínimo de correspondência textual na lei. Quando muito, para justificar esse desvio, teria de articular-se uma bem fundamentada doutrina sobre a posição jurídica dos administradores em face da sociedade e dos sócios. Mesmo nesse pressuposto, a defesa da possibilidade de uma convencional mitigação dos termos que regem a responsabilização civil dos administradores apenas parece poder atuar na exata medida em que se aceite algum tipo

¹³⁶⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, "'Corporate Governance' — Responsabilidade civil de administradores", cit., junta como argumento a *business judgment rule*, nos termos em que foi "codificada" pela reforma de 2006 do CSC português: "*Em abono da validade de cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade por culpa leve depõe agora a business judgment rule* (art. 72.º, n.º 2), com o alcance já analisado: reconhecimento do direito de decisores empresariais a erros 'honestos' (ainda que) cometidos por mera negligência ou culpa leve" (p. 58). Não obstante, o argumento pode ser revertido: a previsão da *business judgment rule*, ao proteger a posição dos administradores, em matéria de responsabilidade, poderá eventualmente, em sentido inverso, exigir maior rigor na interpretação dos demais elementos do sistema, com o que, pelo contrário, a alteração legislativa funcionaria *em desabono* da validade das referidas cláusulas.

de *contracting away*¹³⁶¹ dos deveres dos membros dos órgãos de administração. Tradicionalmente, as formas de contratualização do conteúdo e extensão dos deveres de administração, admitidas paradigmaticamente no direito estadunidense, são amplamente permitidas no direito do Delaware, com a consagração legislativa no § 102(b)7 da DGCL¹³⁶². Mas do que aí se trata é de um afastamento da responsabilização por, essencialmente, vulnerações ao dever de cuidado¹³⁶³. Entre nós, e em geral pela

¹³⁶¹ Usando a expressão, v. GREGOR BACHMANN / HORST EIDENMÜLLER / ANDREAS ENGERT / HOLGER FLEISCHER / WOLFGANG SCHÖN, *Regulating the Closed Corporation*, Walter de Gruyter, Berlin, Boston, 2014, p. 113.

¹³⁶² Dispõe o § 102(b)7 da DGCL, epigrafado "*Contents of certificate of incorporation*":

"(...)

(b) *In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters:*

(...)

(7) *A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title".* No contexto do direito do Delaware, mais importante do que cotejar o texto legal é atentar na jurisprudência; ora, na origem imediata deste preceito em particular, veja-se Supreme Court of Delaware, *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985) (1985.01.29) (dando conta desta relação, entre nós, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anônimas*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 283). Antes e depois desse caso, outrossim importantes para a teorização do *duty of care* no direito do Delaware, cfr. Supreme Court of Delaware, *John P. Graham et al. v. Allis-Chalmers Manufacturing Company et al.*, 188 A.2d 125 (Del. Sup. Ct. 1963) (1963.01.24); e Del. Ch., *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003) (2003.05.28) (sobre este último e toda a litigância *Disney* com ele relacionada, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anônimas*, cit., pp. 285 ss.).

¹³⁶³ Mas a lei do Delaware é mais generosa para as *limited liability companies*, ainda que sempre salvaguardando a inderrogabilidade do *duty of good faith* (sobre este, entre nós, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais", in *DSR*, vol. 2, 2009, pp. 46 ss.): v., com referências, GREGOR BACHMANN / HORST EIDENMÜLLER / ANDREAS ENGERT / HOLGER FLEISCHER / WOLFGANG SCHÖN, *Regulating the Closed Corporation*, cit., pp. 113-114, n. 99.

Europa¹³⁶⁴, não há a tradição de colocar a questão nestes termos, ainda que uma proposta de admissibilidade de cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade para casos de *culpa leve*, em boa verdade, caminhe no mesmo sentido. Da nossa parte, independentemente do que, *de iure condendo*, se entenda quanto à bondade da aproximação do nosso regime a um modelo mais *dispositivo* ou *contratualizável*, não vemos como compatibilizar com a natureza da responsabilidade civil societária, e a necessidade estrutural de neutralização dos custos de agência, uma derrogação às regras de responsabilização que, mesmo que apenas para a culpa leve, avançasse, mais do que o plano dos *deveres de cuidado*, também para os *deveres de lealdade*.

Se aceitarmos uma intrínseca proximidade entre os constrangimentos *substantivos* e *processuais* à responsabilização dos administradores¹³⁶⁵, um relance sobre o direito das

¹³⁶⁴ Mas v. p. ex. a proposta, no sentido de uma disponibilidade do dever de lealdade, no direito alemão, com matizes em função dos tipos legais societários e pressupondo uma "*compensação adequada*", de ALEXANDER HELLGARDT, "Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht", cit., pp. 772 ss..

¹³⁶⁵ Ainda por referência à lei alemã, é de sublinhar como essa *intrínseca proximidade* esteve recentemente na ordem do dia. Com efeito, na lei alemã das sociedades por ações (*Aktiengesetz* ou AktG), temos hoje os §§ 147-149, com relevo sobretudo na regulamentação do § 148, estabelecendo as bases para o procedimento em que se requer a admissibilidade da demanda *ut singuli* (o *Klagezulassungsverfahren*) e as regras da própria ação *ut singuli* (a *Aktionärsklage*). Mas tínhamos já, mesmo antes da UMAG de 2005 (*i.e.*, a *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*: para breve referência e indicações bibliográficas, pode ver-se RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., p. 28, n. 19), uma ação social derivada, na lei alemã das sociedades por ações, em matéria de *grupos de sociedades*, a que dizem particularmente respeito os §§ 309, 310, 317 e 318 AktG. Sobre estes, v. por todos HANS-GEORG KOPPENSTEINER, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 6 — §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG*, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2004, pp. 928 ss., 1115 ss.. De todo o modo, foi com a UMAG que se introduziu a redação atual do § 148 AktG, e a doutrina vem questionando a razão da sua quase ausente utilização prática, tanto mais que a crise financeira que se seguiu a essa introdução, plena de erros de gestão entre as suas causas, poderia ter-lhe dado azo (o que leva PELTZER a perguntar: se não num período como esse, em que todo o edifício económico ameaçou ruir, então quando? V. MARTIN PELTZER, "Das Zulassungsverfahren nach § 148 AktG wird von der Praxis nicht angenommen! Warum? Was nun?", in ULRICH BURGARD / WALTHER HADDING / PETER O. MÜLBERT / MICHAEL NIETSCH / REINHARD WELTER (HRSG.), *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, p. 954 — o Autor, com curiosa citação de Charles DICKENS em "*A Christmas Carol*", lembra Marlow, "*dead to begin with*", mas — refere ainda, esperançosamente — cujo espírito esteve presente e ativo naquela história...). O assunto foi objeto de um parecer e de ulterior debate no bienal Congresso Alemão de Juristas (*Deutscher Juristentag*) de 2012, na sua 69.ª edição. Por exemplo, HEMELING, em parte da sua apresentação

dedicada à *responsabilidade* e respetiva *efetivação* (PETER HEMELING, "Referat", in STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (HRSG.), *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages — München 2012*, Band II/1, Verlag C. H. Beck, München, 2013, pp. N37-39), aponta para o défice da última, mas aconselha cautela perante uma eventual facilitação das exigências que se erigem para o acesso dos sócios a uma ação social; em particular, não deveria ser esquecida a interconexão entre as regras *materiais* de responsabilização civil societária e as correspondentes regras *processuais*. Na verdade, aponta o Autor, a muitas vezes criticada falha de *enforcement* seria não mais do que "um necessário corretivo dos padrões demasiado amplos de responsabilização". Ou seja, importaria alinhar a relação entre as regras *materiais* e *processuais* de responsabilização — o que, na verdade, tanto poderia ser efetuado do lado das primeiras, como através de uma "definição suficientemente clara" do espaço em que atuam os meios de responsabilização (PETER HEMELING, "Referat", cit., p. N39). A problemática dos pressupostos e condições do exercício da ação social de responsabilidade, conjugando-se as preocupações *jurídico-processuais* com a discussão *substantiva* sobre a configuração da responsabilidade por violação dos deveres dos membros dos órgãos sociais, continuou em pleno centro do debate jurídico alemão, tendo sido de discussão na 70.^a edição do Congresso Alemão de Juristas (setembro de 2014), a partir do parecer de GREGOR BACHMANN, "Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen — Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag", in STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (HRSG.), *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages — Hannover 2014*, Band I — Gutachten — Teil E, Verlag C. H. Beck, München, 2014, pp. E1 ss. (para uma referência entre nós ao debate e aos resultados, v. apenas MARIA ELISABETE RAMOS, "Riscos de responsabilização dos administradores — Entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial", in *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 105-106; podemos destacar a aceitação da possibilidade de serem introduzidas nos estatutos cláusulas limitativas da responsabilidade interna dos membros dos órgãos sociais da sociedade por ações; já no que respeita a várias propostas de melhoria da posição dos acionistas na efetivação da responsabilidade de membros dos órgãos sociais, no quadro do § 148 AktG, apenas foi aprovada, de entre várias, a proposta de uma mitigação dos pressupostos materiais do *Klagezulassungsverfahren* (deliberação n.º 11. c) . Perpassa várias doutrina já publicada a ideia de que os receios causados pelos mais recentes casos em que foram exigidas elevadas indemnizações a administradores, conduzindo na sua sequência a propostas de atenuação da responsabilidade (*Haftungsmilderung*), se contrapõem a uma amplamente criticada insuficiência do sistema de efetivação (*Durchsetzung*) dessa responsabilidade. O resultado, de um ponto de vista dogmático, é uma atenção hoje redobradamente prestada à concatenação dos aspetos materiais e processuais da responsabilidade civil societária, de modo que os avanços de um lado não devem, de modo algum, desconsiderar os respetivos reflexos no outro. Não há dúvidas, assim, da utilidade do estudo do *processo societário*, também com respeito à responsabilidade civil societária: como já se escreveu, "*liability rules are only as good as their enforcement*" ("*and in all European jurisdictions levels of private enforcement of such rules are low, except perhaps when the company is in liquidation*", continuam os Autores: PAUL L. DAVIES / KLAUS J. HOPT, "Corporate Boards in Europe — Accountability and Convergence", in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 61, 2013, p. 356). O diálogo entre direito material e processo é não só *enriquecedor* (assim, em geral, no Brasil, FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 39; v. tb. FLÁVIO LUIZ YARSHELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA, "Apresentação", in FLÁVIO LUIZ YARSHELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (COORD.), *Processo Societário*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 22. Para um exercício particular (sobre "a influência do direito material nos limites subjetivos da coisa julgada"), v. GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA, *Impugnação de Deliberações de Assembleia de S/A*, Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 298 ss.. V. ainda EDUARDO SECCHI MUNHOZ, "A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem", in FLÁVIO LUIZ YARSHELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (COORD.), *Processo Societário*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 78 ("*Por sistema legal deve-se entender, porém, não apenas o direito material,*

sociedades por ações brasileiro poderá ajudar a atestar a nossa convicção da inadmissibilidade de tais cláusulas — ao menos, com mais segurança, quando se trate de violações do *dever de lealdade* —, mesmo que circunscritas a determinada graduação da culpa.

Com efeito, as disposições da lei acionária brasileira que regem a responsabilidade dos administradores não contêm nenhuma autorização expressa das cláusulas a que nos referimos. Tão-pouco, poderia dizer-se, existe uma explícita proibição, uma vez que o legislador não se lhes refere em nenhum momento. Mas a verdade é que uma análise mais integrada e sistemática permite evidenciar a sua incompatibilidade com a lei brasileira. Basta, para iniciar, atentarmos em que, nos termos do artigo 158.º da *Lei das Sociedades Anônimas*, o administrador responde civilmente quando proceder “*dentro de suas atribuições e poderes, com culpa ou dolo*”; e que o artigo 159.º, ao referir-se à ação de responsabilidade, admite no seu § 6.º a exclusão da responsabilidade do administrador apenas *pele juiz*, se convencido de que aquele “*agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia*”¹³⁶⁶. Sendo este o único preceito que alude, *em geral*, à exclusão da

ou o conjunto de normas que conforma o direito societário propriamente dito, mas também o direito processual e as instituições encarregadas de assegurar o cumprimento das regras de proteção aos investidores”); JOÃO PAULO HECKLER DA SILVA, *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2014, p. 63 (“*a pretensão de direito processual tem sentido apenas se entendida em função da pretensão de direito material*”), pp. 65, 73, 365, 367, *passim.*), como, em contextos tão particulares quanto o do processo societário (ainda que sem grande tradição entre nós (v. porém TERESA ANSELMO VAZ, *Contencioso Societário*, Livraria Petrony, Lisboa, 2006); noutros quadrantes, v. p. ex. GIOVANNI ARIETA / FRANCESCO DE SANTIS, *Diritto Processuale Societario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1 ss.; PAOLO COMOGLIO / PAOLO DELLA VEDOVA, *Lineamenti di Diritto Processuale Societario*, Giuffrè, Milano, 2006; ou a obra coletiva, acabada de citar, de FLÁVIO LUIZ YARSELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (COORD.), *Processo Societário*, Quartier Latin, São Paulo, 2012), *um pressuposto* para a correta administração da justiça.

¹³⁶⁶ A interpretação do sentido e alcance deste § 6.º não é unívoca entre os Autores brasileiros: *vide* MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3.º Volume — Arts. 138 a 205, 5.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 489 (“*Na realidade, o que a norma estabelece é a faculdade do juiz de decidir por equidade*”); NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, Volume II — Arts. 121 a 188, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 416 (“*No § 6º adotou-se, também entre nós, o princípio da business judgment rule (‘regra da decisão empresarial’)*”, referindo-se também à *business judgment rule* mas sem indicação de igual modo explícita de que a considerariam vigente por força deste § 6.º, v. ALFREDO LAMY FILHO, *Temas de S.A. — Exposições. Pareceres*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 286; LUIZ ANTONIO DE

responsabilidade, não se vê como validamente ler, no silêncio do legislador, a admissão de outras hipóteses de exclusão, que não as explicitamente plasmadas. Tanto mais que, num contexto particular, há uma outra norma relevante: o artigo 134.º, § 3.º, prevê que “[a] aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)”¹³⁶⁷.

É interessante notar como a inderrogabilidade das regras de responsabilização dos administradores vem sendo afirmada, não apenas sobre o pano de fundo do artigo 158.º, mas também ou sobretudo pelo seu confronto com o artigo 159.º da Lei das Sociedades Anônimas¹³⁶⁸. TAVARES GUERREIRO é peremptório: “Da leitura do dispositivo [i.e., o art. 159.º da Lei 6.404] infere-se, desde logo, que os interesses em jogo são de ordem pública, pelo que se mostram absolutamente inválidas quaisquer convenções limitativas ou excludentes da responsabilidade dos administradores”¹³⁶⁹. E já ASCARELLI havia negado,

SAMPAIO CAMPOS, in ALFREDO LAMY FILHO / JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA (COORDS.), *Direito das Companhias*, Volume I, Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 1250; v. ainda JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das Sociedades Anônimas — Comentários à Lei*, Volume II (arts. 121 a 188), Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 629, para quem a lei brasileira “ficou a meio caminho, haja vista ter adotado apenas dois dos requisitos que integram a bjr: (a) ter o administrador agido de boa fé; (b) ter ele visado ao interesse da companhia”). MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*, Saraiva, São Paulo, 2009 (reimpr.: 2010), pp. 286-288, apresenta argumentos no sentido de que, em face do texto legal, não deixa de haver *a priori* um dever de indemnizar, tratando-se pois de “autêntica causa de justificação, na modalidade de perdão judicial”, que atua *a posteriori* (p. 287).

¹³⁶⁷ V., entre os defensores de interpretação restritiva deste *quibus*, de modo a impedir que os administradores tenham incentivo a escudarem-se por detrás de contas “*sintéticas e crípticas*”, DANIEL DE AVILA VIO, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 221.

¹³⁶⁸ V., com mais referências, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 364: “Os estatutos não podem introduzir restrições ou condicionamentos para o exercício da ação social, além daqueles previstos em lei”.

¹³⁶⁹ JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, “Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas”, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 42, 1981, p. 80. No mesmo sentido, pode ver-se MODESTO CARVALHOSA, *Comentários — 3.º Volume*, cit., pp. 482-483.

à luz do direito anterior, a licitude das “cláusulas estatutárias que visem limitar a responsabilidade dos diretores”¹³⁷⁰.

Versando ponto diretamente relacionado com o das mencionadas cláusulas, porque igualmente integrado na questão mais ampla de determinar os *espaços de modelação* que são reconhecíveis aos sócios e administradores na definição (e efetivação) dos regimes de responsabilidade civil societária, a doutrina brasileira trata outrossim as hipóteses de *renúncia* e de *transação*, reguladas em Portugal no artigo 74.º, n.º 2, do CSC, mas ausentes de menção legislativa expressa na Lei n.º 6.404¹³⁷¹. Lidando com tal

¹³⁷⁰ Ou “ditar prazos de decadência”, continuava ASCARELLI, “ou encurtar os prazos de prescrição quanto ao exercício da ação por parte da sociedade ou do acionista ou subordinar a ação do acionista — no exercício da ação da responsabilidade social — à prévia deliberação da assembleia ou a uma prévia comunicação a esta (clause prohibitive e clause d’avis consoante a jurisprudência francesa), embora a cláusula respeite apenas à hipótese em que o ato ilícito dos diretores não constituir crime.” — TULLIO ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2.ª ed., Edição Saraiva, São Paulo, 1969, p. 479, n. 8.

¹³⁷¹ Quanto ao direito alemão, interessa o preceito nevrálgico para a responsabilidade dos membros do *Vorstand*, o § 93 da *AktG*, que no seu n.º 4 começa por dispor que “[n]ão há direito de indemnização a favor da sociedade quando a atuação se basear numa deliberação da assembleia geral conforme à lei” (na base deste primeiro período, que nos é familiar devido aos termos do art. 72.º, n.º 5, do CSC (embora com a diferença de que a lei portuguesa exclui ainda a responsabilidade “para com a sociedade (...) quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável”), estará a circunstância de que os administradores estão vinculados por lei a dar cumprimento às deliberações válidas da assembleia, entendendo-se, uma vez que a atuação tem de basear-se (*beruhen*) na deliberação social — ou *assentar* na mesma, para usar a tradução consagrada na lei portuguesa —, que a responsabilidade não é excluída por uma deliberação ulterior: v. p. ex. GERD KRIEGER / VIOLA SAILER, “§ 93”, in KARSTEN SCHMIDT / MARCUS LUTTER (HRSG.), *Aktiengesetz - Kommentar*, I. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Rn. 48), e que “[o] direito de indemnização não é excluído pela aprovação (Billigung) do ato pelo órgão de fiscalização”. Já nos terceiro e quarto períodos, determina-se que “[a] sociedade pode, três anos após a constituição do direito e apenas nesse momento, renunciar ao direito de indemnização ou sobre ele transigir, desde que a assembleia geral o delibere favoravelmente e sem o voto contrário de uma minoria cujas participações sociais perfaçam um décimo do capital social”; e, por fim, que “[a] limitação temporal não se aplica se o devedor da indemnização se encontrar insolvente (zahlungsunfähig) e tiver chegado a acordo com os credores no sentido de evitar ou pôr termo ao processo de insolvência, ou se o dever de indemnizar estiver regulado num plano de insolvência” (para uma tradução completa (mas não inteiramente coincidente) do § 93 *AktG*, bem como dos demais preceitos desta lei conforme aprovada em 1965, cfr. ALBERTO PIMENTA, “A nova lei alemã das sociedades por acções [tradução e notas]”, in *BMJ*, n.ºs 175 (pp. 303-383), 176 (pp. 207-330), 177 (pp. 269-397), 1968, pp. 366-367. Não só a *AktG* regula o ponto: também na *GmbH-Gesetz* encontramos o § 9b, com a epígrafe “*Verzicht auf Ersatzansprüche*” e vários pontos de contacto; não existe, é certo, a proteção da minoria consubstanciada na exigência do não desacordo de minoria qualificada de um décimo do capital social (sobre esta percentagem e as incongruências introduzidas com a *UMAG* e a consequente alteração do § 148 *AktG*, sem reflexo no § 93, v. apenas GERALD SPINDLER, “§ 93 *AktG*”, in

silêncio, encontramos no texto de Marcelo VON ADAMEK um rol de convincentes argumentos no sentido da irrenunciabilidade, não mitigada em função de graus de culpa. Entre eles, para lá da menção aos já aludidos artigos 159.º, § 6.º, e 134, § 3.º, da LSA, podemos encontrar a nota de que a aceitação da possibilidade de renúncia “*implicaria subtrair dos acionistas o poder de propor a ação social ut singuli por substituição derivada (ação derivativa) (LSA, art. 159, § 4º), que é remédio assegurado pela lei para a defesa de direitos essenciais (LSA, art. 109, § 2º)*”¹³⁷². Afigura-se, com efeito, judiciosa a opinião assim expendida, tendo em conta a inexistência na lei brasileira, ao contrário da portuguesa, de previsão expressa sobre a renúncia, que acople a sua efetivação a medidas de resguardo da minoria social, no caso português a exigência de uma deliberação que não receba o voto contrário de uma minoria qualificada de “*pelo menos 10% do capital social*”. E parece-nos aqui de sublinhar a relação estreita entre a solução a dar à questão material em análise, não resolvida expressamente na lei, e os “*meios, processos ou*

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 (§§ 76-117), 4. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2014, Rn. 253), nos termos descritos em texto para a AG; mas tal não significa que no caso concreto a deliberação não possa vir a ser impugnada com base numa violação do dever de lealdade: assim p. ex. SEBASTIAN HERRLER, “§ 9b GmbHG”, in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015, Rn. 2). V., designadamente, HANS-JOACHIM MERTENS, “Die gesetzlichen Einschränkungen der Disposition über Ersatzansprüche der Gesellschaft durch Verzicht und Vergleich in der aktien- und konzernrechtlichen Organhaftung”, in REINHARD GOERDELER / PETER HOMMELHOFF / MARCUS LUTTER / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988*, ZGR — Sonderheft 7, De Gruyter, Berlin, 1988, pp. 209 ss.; FABIAN DIETZ-VELLMER, “Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft”, in NZG, 2011, pp. 248 ss.; KLAUS J. HOPT / MARKUS ROTH, “§ 93”, in HERIBERT HIRTE / PETER O. MÜLBERT / MARKUS ROTH (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, Band 4/2: §§ 92-94, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2014, Rn. 503 ss.. Em Itália, sobre o art. 2393 do *Codice civile*, v. PAOLO BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Cedam, Padova, 1992, pp. 110 ss.; ANDREA TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 150 ss..

¹³⁷² MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 284. note-se que ponto diferente do aqui discutido seria o da admissibilidade de uma renúncia ao direito de promover a anulação de uma deliberação social em concreto, que é afirmada entre nós, em termos que merecem inteira concordância, sobretudo na insistência de Vasco LOBO XAVIER em que, com isso, não se está a dizer que o direito *abstrato* à impugnação, enquanto direito irrenunciável, foi beliscado: cfr. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., pp. 439 ss., tb. n. 93; PEDRO MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, in ROA, 61., 2001, p. 722, n. 37.

ações” que são em geral reconhecidos aos acionistas para defesa dos seus direitos sociais. Estes, por expressa previsão legal, não podem ser “*elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral*” (artigo 109, § 2.º), pelo que uma subtração ou diminuição das vias de responsabilização dos administradores, ainda que desenhada num plano *jurídico-material*, não deixaria de ter reflexos na configuração *jurídico-processual* da tutela da minoria social. Esta minoria veria o acesso à ação social cerceado por aquela modelação jurídico-material que lhe seria desfavorável, motivo por que se nos afigura justo deduzir aquele argumento adicional para a sua proibição, a partir da perspectiva dos meios jurisdicionais à disposição dos sócios para tutela dos seus direitos sociais. Ora, se este argumentário é plausível no quadro da *renúncia* a direitos de indemnização da sociedade, cremos que é também de se lhe atender quando se trate de analisar as cláusulas que *a priori* pretendam limitar ou excluir a responsabilidade. Concordando-se, como ponto de partida, em que, na responsabilização dos administradores, encontramos um ponto nuclear da regulamentação societária, não parece haver maneira de justificar a subtração ou diminuição prévia das vias ao dispor da sociedade e dos sócios para esse efeito¹³⁷³.

¹³⁷³ Uma outra questão em que se cruzam as limitações *materiais* à renúncia e certas particularidades *processuais* é a da relação entre o preceito do n.º 2 do artigo 74.º do CSC e a *arbitrabilidade* das ações sociais de responsabilidade. Com efeito, na antiga lei portuguesa da arbitragem voluntária, que vigorou desde 1986 até 2011, havia sido consagrado o critério da *disponibilidade* dos direitos (art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto: “*Desde que por lei não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*”). A adequação e oportunidade do critério da disponibilidade, sobretudo em face do critério da patrimonialidade – por muitos defendido e consagrado em várias legislações estrangeiras (no direito alemão, rege hoje o § 1030 (1) ZPO (*Zivilprozeßordnung*), que determina, numa primeira proposição, a possibilidade de serem submetidas a árbitros quaisquer pretensões de carácter *patrimonial* (*jeder vermögensrechtliche Anspruch*), para em seguida estabelecer, quanto a direitos *não patrimoniais*, o critério da *suscetibilidade de transacção* (ou *transigibilidade* – *Vergleichsfähigkeit*) – isto é, a possibilidade de as partes transigirem sobre o objecto do litígio que pretendem submeter a arbitragem (*..die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streitigen einen Vergleich zu schließen*). V. PETER SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1989, p. 209; KARL HEINZ SCHWAB / GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit – Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*, C. H. Beck, Helbing & Lichtenhahn, München, Basel, 2005, p. 29. A lei suíça, no que toca à arbitragem internacional, também consagra o critério da *patrimonialidade* da

pretensão, o que inclui o essencial dos litígios relativos ao direito das sociedades. Assim, e mais desenvolvidamente quanto a estes critérios e sua consagração em diversos países, LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...cit.*, pp. 104 ss.) – suscitava dúvidas especiais quando o aplicávamos a litígios do domínio do direito das sociedades. Escrevia, a propósito, José Eduardo TAVARES DE SOUSA: “A formulação adoptada centrou-se nos direitos subjetivos clássicos, perdendo de vista os direitos onde prevalece a dimensão funcional dos mesmos e, conseqüentemente, aparece debilitado o aspecto da disponibilidade do titular. Para além dos contratos comutativos, que constituem o modelo da teorização normativa prevalecente, existem outras variantes, com especificidades próprias, a exemplo do que acontece com os contratos associativos que conferem posições jurídicas impossíveis de arrumação num esquema de compreensão centrado na ideia do aproveitamento individualizado das posições jurídicas deles resultantes. Podem, por conseguinte, gerar-se dúvidas sobre a arbitrabilidade, em face do direito vigente, de questões do direito das sociedades que, no plano dos princípios, se mostram susceptíveis de decisão em tribunal arbitral. Conhecidas as insuficiências do critério seguido na LAV e as garantias processuais de que gozam as partes no processo arbitral, tudo indica que o intérprete pode operar com uma noção lata de disponibilidade, de modo a aproximá-la da característica da patrimonialidade dos direitos envolvidos” (JOSÉ EDUARDO TAVARES DE SOUSA, *Apontamentos disponibilizados aos alunos de Direito Processual Civil, 2007/2008*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2007, pp. 17-18). Sustentámos noutro estudo (RUI PEREIRA DIAS, “As Sociedades no Comércio Internacional”, cit., pp. 41 ss.) que a apreciação da arbitrabilidade dos litígios societários não é passível de uma resposta unívoca para todos eles: antes haverá que atentar nas características de cada fórmula processual (v. tb., p. ex. PERRY HERZFELD, “Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes”, in *Arbitration International*, Vol. 24, Iss. 2, 2008, p. 318). Em particular quanto à ação social de responsabilidade, questionou-se já a admissibilidade de uma cláusula compromissória sobre esta sorte de controvérsia. A doutrina portuguesa chamava a atenção para a importância que aqui assume a interpretação do n.º 2 do artigo 74.º do CSC: perante a regra semelhante do direito pretérito (o artigo 19.º, n.º 2, do DL n.º 49381), entendia Raúl VENTURA, na linha de alguma doutrina italiana, que, podendo a autorização para a renúncia ou transação resultar somente de deliberação da assembleia geral, em que não vote contrariamente a referida minoria de pelo menos 10% do capital social, não faria sentido que a autorização dos sócios que condiciona o recurso à arbitragem pudesse tão-só resumir-se a uma cláusula estatutária, tendo a assembleia de sócios que *autorizar o litígio concreto* – o que, está bem de ver, não seria compatível com uma *prévia* cláusula compromissória de fonte estatutária (RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, in *ROA*, 46., 1986, pp. 344-345). Por seu turno, sustentava LIMA PINHEIRO: “No que toca à responsabilidade dos gerentes, administradores e diretores perante a sociedade, parece que os requisitos estabelecidos para a disponibilidade do direito de indemnização (designadamente para a renúncia ou transação) devem constituir também requisitos da arbitrabilidade” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 108). Mesmo em face da lei antiga, estávamos convencidos de que, não obstante o paralelismo então identificado entre as noções de arbitrabilidade, disponibilidade e transigibilidade, não seria a circunstância de se imporem condicionalismos à transação (no caso, uma deliberação social nos termos do artigo 74.º, n.º 2) que tornaria o litígio necessariamente inarbitrável, ou sequer insuscetível de ser objeto de uma cláusula compromissória validamente inserida nos estatutos. Havia já, de facto, uma importante nuance a registar: é a própria lei societária, no passo citado, que afirma a disponibilidade do direito de indemnização, pois aceita que a sociedade (i) renuncie a esse direito e (ii) transija sobre ele; simplesmente se sujeita essa disposição a um “condicionamento da formação da vontade da sociedade”, que visa proteger sócios minoritários (na expressão de RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, cit., p. 344). Uma noção lata de disponibilidade, como aquela a que já apelava J. TAVARES DE SOUSA, que a aproximasse da patrimonialidade dos direitos sempre que aquele critério se revelasse fundamentalmente inadequado, permitia-nos sustentar a

admissibilidade de uma cláusula compromissória estatutária que submetesse essas lides a árbitros, ficando apenas as eventuais *renúncia* (por exemplo, por desistência do pedido perante a instância arbitral) ou *transação* (por celebração de acordo que pusesse fim ao litígio perante essa instância) *dependentes da referida especialidade na formação da vontade societária* – isto é, a deliberação que respeitasse as imposições do artigo 74.º, n.º 2. Não parece haver, à partida, imperativos ao nível da proteção da minoria considerada pelo CSC que fossem colocados em causa com a arbitragem. Assim, supondo-se a válida vinculação dos administradores à convenção arbitral, tudo se passaria de modo idêntico ao que acontece no processo judicial: basta a simples maioria para propor uma ação de responsabilidade (cfr. o artigo 75.º, n.º 1), e a intervenção ou concordância daquela minoria não é de nenhum modo exigida pela lei, que não nos mencionados casos de *renúncia* e de *transação*. Isto, naturalmente, sem prejuízo dos direitos de informação que sempre serão reconhecidos aos sócios, nos termos gerais, acerca do decurso do processo arbitral. Aceitando-se, por fim, a validade de uma tal *cláusula compromissória*, mais facilmente se resolve o problema da possibilidade de se celebrar *compromisso arbitral* (isto é, a convenção de arbitragem que tem por objeto um litígio atual). Neste caso, do lado da sociedade, pressupõe-se uma deliberação dos sócios por simples maioria (artigo 75.º, n.º 1). E, estando assim o litígio já concretizado, nada obsta a que essa deliberação se refira igualmente à possibilidade de os representantes da sociedade no processo arbitral transigirem sobre a relação material controvertida, o que mais uma vez será plenamente regular, desde que não exista voto contrário de minoria representativa de pelo menos 10% do capital social (artigo 74.º, n.º 2). A aprovação da nova lei da arbitragem voluntária favoreceu ainda mais esta opinião: com efeito, o critério de arbitrabilidade evoluiu no sentido da *patrimonialidade* (o novo art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, hoje em vigor, difere do acima transcrito apenas por substituir "*qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis*" por "*qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial*"), com o que os eventuais escolhos interpretativos à opinião acima expendida diminuiram ou desapareceram. Questão não expressamente resolvida, porém (como várias outras que, não temos dúvidas, careceriam de tratamento legislativo: v. já RUI PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", cit., pp. 291 ss.), é a de saber se poderão sujeitar-se tais litígios a arbitragem, por prévia cláusula compromissória estatutária, que não *segundo o direito constituído*. É que o julgamento *segundo a equidade* pode consubstanciar já, no seu afastamento dos critérios de estrita legalidade, uma flexibilização jurídico-material dificilmente comportável no contexto com que lidamos. Ainda que não houvesse ponto de apoio na doutrina geral da arbitragem para impedir o recurso à equidade, parece-nos que a *coerência com os fundamentos do direito das sociedades* a tal obrigaria: a responsabilidade dos administradores é matéria de tal modo jussocietariamente nuclear que não se vê como admitir que se abdique da aplicação da lei societária competente. No mínimo, mesmo na falta de um tratamento legislativo expresso do problema, seria ponderável uma interpretação do artigo 39.º, n.º 1, da LAV ("*Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade*") que, sob o requisito do *acordo* das partes, exigisse, do lado da sociedade, uma deliberação sem o voto contrário da minoria de dez por cento do capital social, a que se refere o artigo 74.º, n.º 2, do CSC.

4. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 2.ª e 3.ª partes, do CSC)

4.1. Os termos da proibição de cláusulas de «parecer» e de «prévia decisão judicial»

Se atentarmos agora nas 2.ª e 3.ª partes do n.º 1 do artigo 74.º do CSC, encontramos a proibição das chamadas *convenções relativas à ação social de responsabilidade*¹³⁷⁴. Nela se agrupam duas espécies: as chamadas *cláusulas de parecer*, ou *de autorização*, a que diz respeito a 2.ª parte; e as que subordinam o exercício da ação social do sócio a uma prévia decisão judicial sobre a existência da *causa de responsabilidade*, ou antes tendente à *destituição* do(s) membro(s) do órgão social cuja responsabilização se pretende. Uma e outra se agrupam sob uma mesma ideia fundamental: a de que são inadmissíveis as convenções, dentro ou fora dos estatutos, que visem, sob uma capa meramente procedimental, erigir obstáculos à material efetivação dos direitos sociais de que a norma é garantia¹³⁷⁵.

No que diz respeito às *cláusulas de parecer*, há uma tradição francesa na sua proibição, que terá influenciado decisivamente os utores materiais da lei de 1969. Raúl VENTURA e BRITO CORREIRA fazem eco¹³⁷⁶ da distinção, operada pela doutrina francesa, entre *clauses prohibitives*, que retiram o poder de exercer as ações sociais a cada acionista para o reservarem à assembleia geral, e *clauses d'avis*, que "apenas" retardam a concretização desse direito dos acionistas ao subordiná-lo a uma "consulta prévia" da

¹³⁷⁴ Com esta nomenclatura, v. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro*, cit., p. 209; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 1.2..

¹³⁷⁵ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 2 (que acrescenta ser a enumeração apenas exemplificativa; e que a 1.ª parte do art. 74.º, n.º 1, é um ponto "tão amplo que absorve todas as demais hipóteses"); MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro*, cit., p. 209; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 1.2..

¹³⁷⁶ RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, p. 121.

assembleia¹³⁷⁷. HOUPIN e BOSVIEUX, nos anos 1930, manifestavam-se cautelosamente favoráveis à sua validade¹³⁷⁸, dando nota da evolução da jurisprudência francesa no sentido de uma aceitação da validade da *clause d'avis*. Mas concluíam pela necessidade de uma interpretação restritiva: "no caso em que ela visa somente as ações exercidas contra a sociedade, ela não poderá, pois, ser oposta à ação intentada contra os administradores, pessoalmente, por faltas por eles cometidas"¹³⁷⁹. Sugeria-se ainda, com interesse: "Enfim, não parece possível obrigar o demandante a conformar-se [com a *clause d'avis*] se ele sustenta que jamais fez parte, ou cessou de fazer parte, da sociedade, ou ainda se para ele se tratar de fazer valer um direito cujo exercício imediato a lei lhe reserva"¹³⁸⁰. Como já VENTURA e BRITO CORREIA davam conta, a discussão francesa perdeu interesse prático com uma lei de 1937 que lhe retirou o valor¹³⁸¹. Hoje, dispõe o *Code de Commerce*, para as sociedades anónimas, no artigo L. 225-253: "Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action. Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat"¹³⁸².

¹³⁷⁷ CHARLES HOUPIN / HENRI BOSVIEUX, *Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations (avec formules)*, Tome Deuxième, Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 627.

¹³⁷⁸ "Vistas em si mesmas, estas duas cláusulas são evidentemente lícitas, em virtude do princípio da liberdade convencional, mas convém, e esta é uma questão delicada, delimitar exatamente a sua esfera de aplicação." — cfr. CHARLES HOUPIN / HENRI BOSVIEUX, *Traité Général*, cit., pp. 628-629.

¹³⁷⁹ *Id.*, p. 629.

¹³⁸⁰ *Id.*, p. 630.

¹³⁸¹ RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, pp. 122, 149; n.º 195, p. 45.

¹³⁸² V. PHILIPPE MERLE, *Droit commercial — Sociétés commerciales*, cit., n.º 410 ss. (pp. 493 ss.); PAUL LE CANNU / BRUNO DONDERO, *Droit des sociétés*, 4e. éd., Montchrestien, Paris, 2012, n.º 480 (pp. 304 ss.); e MAURICE COZIAN / ALAIN VIANDIER / FLORENCE DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, 26e. éd., LexisNexis, Paris, 2013, n.º 298 ss. (pp. 169 ss.), esclarecendo, quanto à última proposição, tratar-se do *quitus* dado pela assembleia aos administradores, que assim não pode "ser obstáculo a uma ulterior ação de responsabilidade" (n.º 299, p. 170). Definindo o *quitus* como a "decisão dos sócios aprovando a gestão

Na proibição do artigo 74.º, n.º 1, 3.ª parte, atinente às cláusulas sobre prévia decisão judicial, encontramos uma última garantia da posição dos sócios — neste caso, aliás, estendida para lá da ação social *do sócio*, uma vez que a referência ao artigo 77.º do

passada", PAUL LE CANNU / BRUNO DONDERO, *Droit des sociétés*, cit., n.º 480 (p. 305); veja-se ainda a desenvolvida nota de MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., pp. 250 ss., n. 7. Em particular para a ação *ut singuli* na sociedade por ações francesa, interessa ainda o artigo precedente, L. 225-252: "*Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués*". A ação *ut singuli* vem ainda regulada em geral no artigo 1843-5 do *Code civil*, estando ao dispor de todos os sócios nos vários tipos societários; não existe nela uma qualquer exigência mínima de montante ou percentagem da participação social, inclusivamente nas SA (veja-se o artigo por último transcrito; cfr. MAURICE COZIAN / ALAIN VIANDIER / FLORENCE DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, cit., n.º 298 (p. 169), e, para as sociedades por ações, n.º 650 (p. 353)). Veja-se por último, quanto à lei francesa, o teor do artigo 1843-5 do *Code civil*, que congrega, *mutatis mutandis*, as disposições que estão distribuídas pelos artigos L. 225-252 e L. 225-253 do *Code de commerce*:

"Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société.

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'accomplissement de leur mandat."

Também na proposta de Quinta Diretiva se previa, no art. 14.º, n.º 5: "Além disso, a quitação, a instrução ou a autorização dadas pela assembleia geral não excluem a responsabilidade civil, nem dos membros do órgão de direcção, nem dos do órgão de vigilância." — v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., p. 688. Dando conta da dificuldade de tradução, escreviam RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, pp. 70-71: "(...) da deliberação, a que se vai chamar 'liberação' (*Entlastung, décharge, quitus, scarico*), pela qual se extingue todo um conjunto de eventuais de indemnizar que decorrem da gestão social e que é tomada, como regra, por ocasião da deliberação de aprovação dos mesmos documentos" (de prestação de contas). Em nota acrescentava-se: "Prefere-se o termo 'liberação' ao termo — também possível — 'exoneração' para evitar confundir o acto em estudo com o acto de revogação ou exoneração pelo qual o administrador perde esta qualidade. Outra expressão admissível é 'desoneração'" (*id.*, p. 71, n. 370). De notar que, no direito alemão, a *Entlastung* tem naturezas jurídicas e efeitos distintos consoante os tipos associativos ou societários, envolvidos: assim, na sociedade por ações (e já desde a lei de 1937: v. entre nós RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, p. 71), ao contrário do que sucede na *GmbH*, é pacífico que a *Entlastung* não significa qualquer renúncia a direitos de indemnização contra os membros dos órgãos sociais. V. por todos, para a AktG, UWE HÜFFER (BEGR.) / JENS KOCH, *Aktiengesetz*, cit., § 120, Rn. 2, 13; para a GmbHG, SEBASTIAN HERRLER, "§ 9b GmbHG", cit., Rn. 13.

CSC diz respeito apenas à 2.^a parte desse n.º 1¹³⁸³ —, em face de outra possível barreira procedimental: a que estabelecesse a necessidade de *previamente* apreciar e declarar, judicialmente, a existência dos factos de que emerge a responsabilidade, ou que exigisse a *prévia* destituição do(s) sujeito(s) que se pretende responsabilizar.

4.2. Teleologia: os limites ao poder da maioria, em particular na ação social do sócio

O exercício da ação que visa, perante a sociedade, responsabilizar os membros dos órgãos sociais pelos danos emergentes da sua atuação, bem como as regras que em cada ordem jurídica definem o modo e os contornos desse exercício, assumem uma importância nuclear no direito societário. Trata-se, no fundo, de definir os termos em que — para usar abreviadamente a linguagem da *agency* inglesa, importada também pela análise económica e hoje amplamente difundida — os *agentes*, dotados do *poder* (e bem assim da *responsabilidade* que lhe deve ser correlativa¹³⁸⁴) são demandáveis pelos *principais*, em benefício dos quais a empresa societária deve ser gerida. Como já sabemos, a vigência de um *princípio maioritário*, conjugada com a possibilidade de a condução da vida societária ser feita em sentido que não corresponda aos *interesses próprios* de determinados sócios, ou mesmo aos *interesses comuns aos sócios enquanto tais*¹³⁸⁵, conforme os entenda um determinado conjunto *minoritário* de sócios, aconselha e

¹³⁸³ Assim JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.º", cit., anot. n.º 1.2..

¹³⁸⁴ V., entre muitos, HERBERT WIEDEMANN, "Reflexionen zur Durchgriffshaftung – Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 – KBV", in *ZGR*, n.º 2, 2003, p. 287: "Herrschaft begründet Verantwortung".

¹³⁸⁵ Assim define JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial — vol. II (Das Sociedades)*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 294, o *interesse social* na perspetiva do relacionamento do sócio com a sociedade, onde acrescenta: "*Estando em causa situações ou comportamentos dos sócios, deliberativos ou não, eles não têm, naturalmente, de ter em conta senão os seus próprios interesses e (como balizadores) os interesses de que todos eles, numa mesma sociedade, comungam*" (pp. 294-295). Tal não significa que, para o Autor, o "*comportamento deliberativo*" não possa ser *abusivo*, com a consequente responsabilidade à luz do art. 58.º, n.º 3: v. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de

exige a consagração de *instrumentos de tutela da minoria social*. Esta tutela é de acrescida importância num quadro regulatório da governação das sociedades pensado para contextos económicos como o da Europa continental, que se caracterizam pela presença típica de *blockholders*, ou sócios de controlo, nas estruturas societárias¹³⁸⁶. Se estes *blockholders* controlam a administração, não será a hipótese de agência mais típica a do conflito entre *gestão e propriedade*, mas sim a de conflito entre *propriedade maioritária e/ou controladora*, de um lado, e *propriedade minoritária e não controladora*, de outro¹³⁸⁷.

É neste quadro que surge a possibilidade de um sócio minoritário, ou de um conjunto minoritário de sócios, demandarem, *em nome da sociedade*, os membros dos órgãos de administração da sociedade, com fundamento em atos que consideram violadores dos respetivos deveres e assim geradores de responsabilidade civil societária *perante a sociedade*. A este meio jurisdicional se vem dando diversos nomes: *ação derivada*, *ação ut singuli*, *actio pro socio*, ou *ação social dos sócios*.

A *tutela da minoria social* que é conferida por este instrumento¹³⁸⁸, como é sabido, justifica-se pela situação *estrutural* de fragilidade em que se encontra o sócio por

domínio", cit., p. 230 (v. já tb. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, cit., esp. pp. 568 ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos sócios pelo voto", cit., esp. pp. 536 ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidades nas relações de domínio", in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, n.º 3.1.1.), e *supra*, pp. 467 ss..

¹³⁸⁶ V., designadamente, PAUL L. DAVIES / KLAUS J. HOPT, "Corporate Boards in Europe — Accountability and Convergence", cit., p. 304; KLAUS J. HOPT, "Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme — unter besonderer Berücksichtigung der Banken", in *ZIP*, 38, 2013, p. 1795.

¹³⁸⁷ V. GREGOR BACHMANN / HORST EIDENMÜLLER / ANDREAS ENGERT / HOLGER FLEISCHER / WOLFGANG SCHÖN, *Regulating the Closed Corporation*, cit., pp. 9 ss., 29 ss..

¹³⁸⁸ V.g., REINIER H. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law — A Comparative and Functional Approach*, cit., após descrição geral dos problemas de *agência* (pp. 35 ss.), enquadram-no entre os "*minority shareholder decision rights*" (pp. 92-93). V. tb. GÜNTHER H. ROTH / PETER KINDLER, *The Spirit of Corporate Law — Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, Verlag C. H. Beck / Hart / Nomos, München / Oxford / Baden-Baden, 2013, sob o título de "*formal minority protection*" (referindo-se, porém, em simultâneo às ações *social* e *individual* do sócio), pp. 129-130; entre nós, cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA / DIOGO COSTA GONÇALVES, "A ação *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais", in *RDS*, I, 2009, pp. 904 ss.; e já

ser *minoritário*, em abstrato carecido de proteção independentemente da real ou conjuntural composição do substrato social, em função das características jurídico-associativas da entidade¹³⁸⁹.

Mas o acesso irrestrito de uma minoria a um meio de responsabilizar judicialmente os administradores, em nome da própria sociedade, prestar-se-ia facilmente a toda a sorte de *abusos*. Daí que a chave esteja em atingir um equilíbrio entre os *incentivos* necessários para a *efetiva utilização* da ação, por um lado, e as *garantias* contra o seu *abuso*, por outro lado. É um equilíbrio que não é fácil de realizar, bem pelo contrário: até já se lhe chamou o *Santo Graal da regulação das ações derivadas*¹³⁹⁰.

A ação social de responsabilidade não existe apenas na sua modalidade meramente *subsidiária* (na formulação tradicional) de ação *derivada* ou *ut singuli*: também a maioria pode exercê-la. Ou, mais precisamente: é a essa maioria, em primeira linha, que cabe o mencionado exercício, dito *ut universi*. Claro que, muito embora se trate de situações aparentemente semelhantes no *objetivo visado*, que é a responsabilização dos administradores, ações *ut universi* e *ut singuli* são instrumentos que emergem de exigências de tutela societária distintas na origem. Na ação *ut universi*, são normalmente os *sócios* que se opõem aos *gestores*, usando este meio jurisdicional como forma de tutela

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Empreza Editora J. B., Lisboa, 1914, p. 320.

¹³⁸⁹ Ao invés, a posição jurídica da minoria pode, em dadas circunstâncias, arrogar-se um poder de bloqueio ou veto, por exemplo, por inviabilizar, com a sua participação, uma deliberação que carece de maioria qualificada. Nesses contextos, podem surgir problemas que, embora de sinal contrário, não deixam de ser de *agência*, na aceção hoje comumente utilizada (v., v.g., REINIER H. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law — A Comparative and Functional Approach*, cit., p. 36); cfr. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Abusos de Minoria", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), pp. 65 ss.; desenvolvidamente, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Abuso de minoria em direito societário*, cit., pp. 57 ss., *passim*.

¹³⁹⁰ HARALD BAUM / DAN W. PUCHNIAK, "The derivative action: an economic, historical and practice-oriented approach", in DAN W. PUCHNIAK / HARALD BAUM / MICHAEL EWING-CHOW (EDS.), *The Derivative Action in Asia — A Comparative and Functional Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2012, p. 1. Entre muitas outras enunciações do mesmo problema, v. p. ex. MARTIN GELTER, "Why do shareholder derivative suits remain rare in Continental Europe?", in *Brook. J. Int'l L.*, 2012, pp. 846, 849 ss.; PAUL L. DAVIES / SARAH WORTHINGTON, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, cit., n.ºs 17-1 ss..

contra os *custos de agência*¹³⁹¹ emergentes da separação entre *ownership* e *management*. Pelo contrário, a ação *ut singuli* surge da necessidade de proteger uma *minoria* dos *owners* contra uma atuação prejudicial (para a sociedade, em primeira linha, mas para eles também, reflexamente) dos *managers*; atuação essa que, porém, seria normalmente combatida, desde logo, pela maioria detentora do capital, não fosse a circunstância de ambas (maioria e gestão) estarem *alinhas*. Esta a razão por que a ação *ut singuli* se alicerça, essencialmente, nas exigências de proteção da *minoria* perante a *maioria* dos sócios¹³⁹².

De todo o modo, também na perspectiva das funções exercidas pela ação social de responsabilidade, há alguns traços de unidade entre as demandas *ut universi* e *ut singuli*, mesmo do ponto de vista da sua justificação económica. Por um lado, a ideia de que os administradores, eles próprios, não tomarão a iniciativa de procurar desencadear o processo, contra outros membros do órgão¹³⁹³, perde (ao menos parcialmente) vigor quando um novo conjunto de administradores sucede a uma composição anterior, sobretudo havendo também, ao nível dos sócios, uma mudança de controlo. Por outro

¹³⁹¹ Sobre estes, entre nós, v. desenvolvidamente PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance: um novo paradigma*, cit., pp. 766 ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades — A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 32 ss..

¹³⁹² Pode dizer-se, em geral, que, em qualquer dos modelos de governação, por muito que se reforcem os controlos ao nível dos *impedimentos de voto* e *conflito de interesses*, é muito difícil assegurar sistematicamente uma tomada de decisão *perfeitamente imparcial* e *no interesse da sociedade*. Motivo por que se revela necessário reconhecer poderes à assembleia geral dos sócios, por um lado, e, por outro, permitir a demanda *derivada* dos sócios, em ação *ut singuli*: assim SUSANNE KALSS, "Shareholder Suits: Common Problems, Different Solutions and First Steps towards a Possible Harmonisation by Means of a European Model Code", in *ECFR*, 3, 2009, p. 347. Sobre o modo como se relacionam as disciplinas dos impedimentos de voto e dos conflitos de interesses, e, em particular, sobre como regras, ainda que modeladas com carácter geral, podem beneficiar principalmente a posição do minoritário, v., no Brasil, ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA, *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993 (cfr. p. 66). Para breve descrição da noção de *agência* conforme comumente utilizada neste contexto, v. ainda WALFRIDO JORGE WARDE JR. / RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE CASTRO, *Regime especial da sociedade anónima simplificada*, Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 27-28, n. 13.

¹³⁹³ Na Alemanha, cabendo em termos cruzados a iniciativa processual ao *Vorstand* contra o *Aufsichtsrat* e *vice-versa* (v. §§ 93 e 116 AktG, bem como o importante acórdão do *Bundesgerichtshof* conhecido como *ARAG/Garmenbeck*: BGH, "ARAG/Garmenbeck", II ZR 175/95, BGHZ 135 244-257 (1997.04.21)), há um efeito de "*mutual backscratching*" interorgânico, que, segundo a percepção geral, trava fortemente a responsabilização: v. KLAUS J. HOPT, "Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat", cit., p. 1802.

lado, a iniciativa processual a reconhecer ao sócio minoritário (*ut singuli*) pode servir, num contexto de dispersão capitalística, não apenas a sua proteção contra os conflitos de agência perante o sócio maioritário ou controlador, mas também a proteção dos sócios em geral contra a *gestão*: é que os muito estudados problemas de “*collective action*”, do lado dos detentores do capital, podem bem ser a causa (em vez de uma *mancomunação* de um aqui inexistente controlador com a gestão) da inércia da assembleia geral. Pelo que o reconhecimento de um papel ao sócio minoritário pode servir todos os participantes no capital contra um *entrincheiramento* dos membros dos órgãos sociais.

Tudo isto permite dizer que um dos pontos fulcrais da efetivação dos deveres dos membros dos órgãos sociais está, justamente, nos incentivos (e nas barreiras) ao poder de litigar do sócio não controlador¹³⁹⁴.

Pois bem: é justamente enquanto mecanismo contratual ou estatutário, idóneo a influenciar esse poder de litigar do sócio minoritário, que importa brevemente atentar, de seguida, nos pactos de jurisdição que digam respeito à ação social de responsabilidade, e assim à conformação do modo de exercício desse poder de litigar.

5. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade e os pactos de jurisdição societários

A análise do artigo 74.º, n.º 1, do CSC, permitiu-nos vislumbrar a sua *ratio*, que, numa breve locução, pode resumir-se no “*afastamento de escolhos procedimentais à iniciativa de responsabilização*”, com especial ênfase, visível sobretudo no afastamento

¹³⁹⁴ PAUL L. DAVIES / KLAUS J. HOPT, “Corporate Boards in Europe — Accountability and Convergence”, cit., pp. 356-357. Os Autores referem-se em geral a “*minority shareholder action*” para abranger o poder “*derivado*” do sócio minoritário de propor ação social, bem como o de provocar a ação da própria sociedade para exercício dos seus direitos contra os membros dos órgãos sociais (v. p. 357).

das *cláusulas de parecer*, na responsabilização que "*seja liderada pela minoria*", nos termos do artigo 77.^o¹³⁹⁵.

Atentando no pacto de jurisdição societário, que ocupou a nossa reflexão em capítulos precedentes do estudo, podemos dizer que não se vislumbra, na cláusula atributiva de jurisdição que diga (também) respeito à ação social de responsabilidade, algo de *em abstrato* e *intrinsecamente* desconforme com a proibição *jussocietária* do artigo 74.^o, n.^o 1, do CSC. O que está em causa, numa tal cláusula, é a determinação de *onde* os direitos sociais serão exercidos; nada dela se extrai, no plano abstrato, que minimize a tutela desse exercício efetivo. Ademais, mantemo-nos no plano da socialidade, regida pelo princípio maioritário: mesmo que descrevamos o impulso e a legitimidade processual na ação *ut singuli* como um *direito* dos sócios minoritários¹³⁹⁶, trata-se, ainda e sempre, de uma manifestação enquadrada no âmbito da socialidade, pelo que a necessidade de recorrer a um foro que não seja, porventura, o seu preferido, é contingência tipicamente jurídico-societária sob que se encontra o sócio.

Por seu turno, analisado o pacto de jurisdição relativo à ação social do sócio *à luz de Bruxelas Ia*, seria difícil aceitar a conformidade *jurídico-europeia* de uma geral proibição *jurídico-societária nacional* do pacto de jurisdição em favor de um foro que seja, de alguma maneira, previsivelmente menos favorável para o(s) sócio(s) minoritário(s), numa avaliação feita no momento em que a cláusula é inserida nos estatutos ou de outro modo acordada. Mas, como sabemos, *Powell Duffryn* deixa uma certa abertura, ainda que não exaustivamente articulada, para o confronto com o direito societário nacional, uma vez que as cláusulas jurisdicionais hão de inscrever-se nos estatutos, originários ou entretanto modificados, "*em conformidade com as disposições do*

¹³⁹⁵ JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 74.^o", cit., anot. n.^o 1.2..

¹³⁹⁶ V. p. ex. GREGOR BACHMANN / HORST EIDENMÜLLER / ANDREAS ENGERT / HOLGER FLEISCHER / WOLFGANG SCHÖN, *Regulating the Closed Corporation*, cit., pp. 63 ss. ("*Minority Protection through the Right to File an Action*").

direito nacional aplicável e dos estatutos"¹³⁹⁷. Se conjugarmos esta abertura, importante para a salvaguarda da *coerência* da regulamentação jurídico-societária, com o crescente reconhecimento de uma proibição do abuso, de cariz jurídico-europeu, encontramos o espaço onde deve poder atuar, como primeiro instrumento de controlo do exercício abusivo de determinados poderes ou faculdades, a legítima impugnação da validade da deliberação que, *abusivamente*, satisfaça o propósito de um sócio maioritário de conseguir vantagens especiais (para si ou para terceiros), prejudicando o sócio minoritário, ou o propósito de, simplesmente, prejudicar este último (artigo 58.º, n.º 1, *b*), do CSC). Em acréscimo, no que toca ao exercício da cláusula que não possa, em si mesma, considerar-se viciada, poderá, na linha do que fomos sugerindo, verificar-se um *abuso*, não compaginável com o cumprimento dos *deveres de lealdade* que ligam os sócios entre si e com a sociedade. Atendendo à irredutibilidade do caso concreto, característica de toda a análise do carácter *abusivo ou fraudulento* de um comportamento, aliada à típica *dinâmica* da socialidade, o recurso ao dever de lealdade poderá ser um instrumento normativo privilegiado, confrontando-se o exercício de uma cláusula jurisdicional, por um sócio maioritário, com os respetivos deveres perante os demais sujeitos que integram o grémio social, de tal modo que, nos termos societários gerais, essa lealdade torne ilícita a invocação.

Mais uma vez, é difícil sublimar as particularidades do caso concreto, com vista a obter uma solução que seja operativa, *em geral e abstrato*. Mas algumas diferenciações são, à partida, possíveis. Desde logo, imaginemos a sociedade constituída e sediada em Portugal, coligada com sociedade constituída e sediada na Finlândia, tendo esta última uma participação maioritária no capital daquela, que permite aliás afirmar a existência de uma relação de domínio, nos termos do direito português¹³⁹⁸ (cfr. o artigo 486.º do CSC).

¹³⁹⁷ TJUE, *Powell Duffryn*, 1992.03.10, cit., n.º 27.

¹³⁹⁸ É entendimento de uma parte significativa da doutrina, na qual nos filiamos, o de que a regulação das relações intersocietárias inscrita no Título VI do CSC não dirá respeito apenas a sociedades que tenham sede em Portugal, valendo igualmente nas relações societárias intraeuropeias, isto é, entre sociedades

beneficiárias das liberdades fundamentais do Tratado, em particular da liberdade de estabelecimento: RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 285 ss.. Na doutrina portuguesa, podemos encontrar diversas opiniões acerca do alcance da autolimitação espacial do artigo 481.º, n.º 2, do CSC, e do sentido da introdução, em 2006, da respetiva alínea d) ("*A constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 488.º, por sociedade cuja sede não se situe em Portugal*"), que podemos dividir (como fizemos já em RUI PEREIRA DIAS, "A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013)", in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 413 ss.) entre: (i) os que sustentam o pleno afastamento dessa autolimitação, por vezes convocando argumentos de inconstitucionalidade (ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais – Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 520-521; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, "A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português", in *DSR*, vol. 4, 2010, p. 41; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais", in *RDS*, IV, 2012, p. 873), pelo que a relação de grupo se constituiria sempre, *i.e.*, independentemente ou apesar da internacionalidade da relação intersocietária (assim expressamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., p. 785; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, "A situação dos accionistas", cit., p. 41; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º", cit., p. 872); (ii) os que, articulando os vários preceitos pertinentes, admitem a constituição de uma "filial a 100%", sem que porém se constitua uma relação de grupo (MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, "A sociedade anónima europeia: sociedade de direito comunitário?", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (ORG.), *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I — Congresso Empresas e Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 751-752; RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., p. 262; RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional", cit., p. 87; ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 125 (se bem lemos); ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PEDRO MAIA, "Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, p. 221; PEDRO MAIA, "Tipos de Sociedades Comerciais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 36, n. 56; CATARINA TAVARES LOUREIRO / JOANA TORRES EREIO, "A relação de domínio ou de grupo como pressuposto de facto para a aplicação das normas do Código das Sociedades Comerciais — O âmbito espacial em particular", in *Actualidad Jurídica Úria Menéndez*, n.º 30, 2011, p. 53; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 956-957, n. 1312; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", cit., p. 227; PAULO PICHEL, "O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia", in *DSR*, vol. 11, 2014, p. 250); e (iii) os que, partindo desta última visão quando o ponto é analisado apenas à luz da lei societária portuguesa, avançam porém que há de diferenciar-se consoante essa relação intersocietária envolva sociedades *extraeuropeias*, caso em que a *autolimitação se mantém*, ou antes *intraeuropeias*, caso em que, por mor do confronto com as liberdades fundamentais europeias e a necessidade de manutenção da harmonia interna material-societária, a *autolimitação é afastada* (RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração*, cit., pp. 285 ss.; RUI PEREIRA DIAS, "As Sociedades no Comércio Internacional", cit., p. 90; RUI PEREIRA DIAS, "Artigo 481.º - Âmbito de aplicação deste título", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", cit., p. 227; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Artigo 490.º - Aquisições tendentes ao domínio total", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das*

A sociedade dominante promove a inserção nos estatutos da dependente, aprovada com os seus votos, de um pacto atributivo de jurisdição a um tribunal finlandês, designadamente o que corresponda à comarca da sede da sociedade fina dominante. Até aqui, não há vislumbre de ilicitude: não obstante a sede da sociedade dependente se situar em Portugal, bem poderá suceder que os demais sócios, minoritários, ou uma parte significativa deles, tão-pouco estejam domiciliados em território português; a concentração dos litígios intrassocietários no tribunal exclusivamente escolhido, ainda que não colha a respetiva concordância expressada em voto, poderá ser compreendida, em face, imaginemos, do intensivo envolvimento, financeiro ou outro, que a sociedade dominante tenha trazido à atividade societária, em concomitância com a promoção da alteração estatutária. Mas, pelo contrário, uma hipótese tipificável de invalidade da

Sociedades Comerciais em Comentário, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014, artigo 490.º, anot. n.º 2.1.). Na jurisprudência, cfr. TJUE, *Impacto Azul, Lda v. BPSA 9 — Promoção e Desenvolvimento de Investimentos, SA et al.*, C-186/12 (2013.06.20), que assumiu como pressuposto a inaplicabilidade do regime dos grupos numa constelação de factos intraeuropeia — sendo que, se bem vimos, tanto as posições (i) como (iii), acima descritas, concordam em tomar por errado o pressuposto normativo assumido pelo Tribunal de Justiça (para uma análise do acórdão, v. CHRISTOPH TEICHMANN, "Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit — Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (Impacto Azul)", in *ZGR*, 2014, pp. 45 ss.; PIERRE-HENRI CONAC, "Note sous Cour de justice de l'Union européenne (ch. 9), 20 juin 2013, n.º C-186/12, *Impacto Azul Lda c/ BPSA 9 — Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA, Bouygues Imobiliária — SGPS Lda, Bouygues Immobilier SA, Aniceto Fernandes Viegas, Óscar Cabanez Rodriguez*", in *RDS*, n.º 3, 2014, pp. 179 ss.; MATTHIAS LEHMANN, "EuGH: Kein Anspruch aus Niederlassungsfreiheit auf konzernrechtliche Haftung ausländischer Muttergesellschaft", in *LMK*, 2013, p. 352735; JESSICA SCHMIDT, "Die EuGH-Entscheidung "Impacto Azul" — Der Impakt der Niederlassungsfreiheit auf das nationale Konzernrecht", in *GPR*, N.º 1, 2014, pp. 40 ss.; RUI PEREIRA DIAS, "A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013)", cit., pp. 411 ss.; MARC-PHILIPPE WELLER / JOHANNA BAUER, "Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae", in *ZEuP*, 2015, pp. 8-9, n. 14); TC, proc. n.º 269/14 (publicado em DR, 2.ª série, n.º 111, 09.06.2015), Relator: Conselheiro João Pedro Caupers (2015.04.28), em que o Tribunal Constitucional português decidiu "*julgar inconstitucional a interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora do território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP*"; a nosso ver, numa análise preliminar, o Tribunal Constitucional viu-se conduzido a um forçado julgamento de inconstitucionalidade, que teria evitado houvesse tido em conta a opção, que não chega sequer a considerar, de os preceitos em questão, por via da remissão operada para o art. 481.º, n.º 2, do CSC, serem já aplicáveis perante uma constelação de factos *intraeuropeia*, como a que estava presente.

deliberação por violação do interesse social, em particular por via da desconformidade, com o dever de lealdade, da conduta da maioria que aprova a deliberação, seria a de, por exemplo numa relação intersocietária, a sociedade-sócio maioritário aprovar a cláusula estatutária jurisdicional em favor dos tribunais da sua sede, sem o acordo dos minoritários, sem a previsão de uma compensação pelos custos de litigância acrescidamente incorridos pela litigância nesse foro (no fundo, uma *compensação adequada*, equiparável àquela de que fala o § 243 (2) AktG¹³⁹⁹), e sem uma justificação em outro interesse que possa caber no *interesse social*. Poderia, outrossim, entrever-se uma desconformidade com o comportamento devido, em função da lealdade, se imaginássemos uma sociedade com um número restrito de sócios, em que o sócio que propõe a ação é plenamente conhecedor da concreta dificuldade, por questões de disponibilidade financeira ou outras, de o outro sócio comparecer e litigar no juízo escolhido, seja pelo seu carácter espacialmente remoto — no que pode haver uma alteração de facto entre o momento em que a cláusula jurisdicional é acordada e o momento do seu exercício, por isso que, imaginemos, hoje, ao contrário de ontem, o segundo sócio não mais tem outros negócios que implicam uma presença organizada no território do foro escolhido —, seja pela desproporção entre valor em disputa e os custos que emergirão da litigância¹⁴⁰⁰, sobretudo se comparados com substancialmente inferiores

¹³⁹⁹ V. a propósito, entre nós, com referências, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos sócios pelo voto", cit., pp. 536 ss., n. 71.

¹⁴⁰⁰ Custos que, normalmente, na ação social do sócio, não serão imputáveis à sociedade, mas sim àquele — v. o art. 77.º, n.º 2, do CSC, e, criticamente, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 65; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro*, cit., pp. 198 ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, "Artigo 77.º", cit., anot. n.º 5; TIAGO SOARES DA FONSECA / A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, "A natureza subsidiária da acção *ut singuli*", in *RDS*, III, 2011, p. 392. Na verdade, um dos pontos fundamentais do equilíbrio a procurar na construção de um sistema de tutela jurisdicional dos direitos sociais é o da repartição das despesas com a ação social *ut singuli*. É evidente que se a sociedade sofreu prejuízos e é o sócio, suprimindo a inação dos órgãos sociais, quem toma as rédeas da defesa do interesse social em juízo, a sua decisão pessoal (ou do conjunto dos sócios minoritários demandantes) de propor a ação é feita racionalmente com base numa avaliação dos respetivos custos e benefícios. Quanto aos *benefícios*, é hoje consensual a morfologia da ação social do sócio que atribui os resultados da ação, por efetiva responsabilização de membros dos órgãos sociais, à sociedade e não aos sócios demandantes (v., porém, na história do direito francês no século passado, a

custos, para ambos os sócios e a própria sociedade, e bem assim do(s) administrador(es) demandado(s), de litigar noutra foro, de concreta maior proximidade para todos os interessados, designadamente (mas não necessariamente) o foro da sede social.

orientação de parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de atribuir "ao accionista-autor o direito de receber directamente tal indemnização": RAÚL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, "Responsabilidade civil dos administradores", cit., n.º 193, pp. 145, 147 ss.). Parece óbvio: se é um *prejuízo sofrido pela sociedade* o objeto da ação, ainda que ele se reflita diretamente no valor das participações sociais, *é a sociedade o sujeito a ser ressarcido* — com o que, efetivamente, esse valor das participações sociais será de novo e proporcionalmente incrementado. A realidade financeira da sociedade poderá, contudo, inviabilizar a percepção destes benefícios: em situação de crise, (outros) credores terão prioridade, pelo que o incremento de valor da participação social pode não chegar, efetivamente, a suceder (na síntese de PHILIPPE MERLE, *Droit commercial — Sociétés commerciales*, cit., p. 495: "*É necessário que os acionistas demonstrem muita abnegação para avançar com as despesas de um processo e esperando, na melhor hipótese, sob a condição de que tenham ganho de causa, que a indemnização concedida à sociedade conduzirá a um ligeiro aumento do valor das ações que detêm. Se a sociedade estiver em liquidação judicial, somente os credores sociais tirarão proveito da ação ut singuli...*"). V. tb. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "A função da acção social 'ut singuli' e a sua subsidiariedade", in *DSR*, vol. 6, 2011, p. 171 ("*o facto de a indemnização dever ser entregue à sociedade implica que possa nem existir valorização da participação social ou da quota de liquidação, uma vez que o património da sociedade se destina a, em primeira linha, garantir a satisfação dos credores sociais.*"). Quanto aos custos, tendo ademais presente o que acabámos de dizer, é bem de ver como a sua atribuição ou repartição pode ser decisiva para a tomada de decisão do sócio que pondera a demanda. O vigor da *litigância derivada* nos EUA sempre foi associado, entre outros factores, à "alocação do risco da litigância", designadamente à admissibilidade e frequência das *contingency fees*, que estão na origem de uma advocacia especializada nestes litígios (v. p. ex. MARTIN GELTER, "Why do shareholder derivative suits", cit., pp. 861 ss.).

CONCLUSÕES

Neste estudo, percorremos um caminho que procurámos pontuar, a cada passo, com as conclusões que nos foram sendo permitidas e exigidas pela análise empreendida. Justifica-se, ao cair do pano e num mais breve registo¹⁴⁰¹, ensaiar a reunião de alguns dos principais resultados da nossa investigação.

Com efeito, num capítulo inaugural, animou-nos para as primeiras indagações uma análise integrada dos domínios jurídico-societário e jurídico-internacionalprivatístico sugerida pelo teor do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 1992, no caso *Powell Duffryn*. Aí se decidiu, nomeadamente, que o sócio de uma sociedade por ações está vinculado ao pacto de jurisdição que é inserido nos estatutos por deliberação maioritária que os altera, independentemente do seu singular consentimento, por isso que o sócio, ao tornar-se e permanecer sócio, "*dá o seu consentimento*" para se submeter aos estatutos e decisões dos órgãos sociais "*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos, mesmo que algumas dessas disposições ou decisões não tenham o seu acordo*". Ainda que, atento o caso concreto, a decisão possa ser compreendida, ela manifesta as suas debilidades, desde logo, no verdadeiro estatuto do *consentimento* com respeito à cláusula jurisdicional: se, por um lado, é reafirmada a jurisprudência que exige uma manifestação *clara e precisa*, em garantia da *efetiva existência de consentimento*, por outro lado, aceita-se que qualquer membro do grémio social, independentemente das suas características, por isso que *sabe ou deve saber* que se encontra vinculado pelos estatutos, *é suposto ter conhecimento desta cláusula e consentir efetivamente* na atribuição da jurisdição que ela prevê, "*desde que os estatutos da*

¹⁴⁰¹ Ademais ausente de notas (que não esta), uma vez que tudo o que doravante se escreve é reconduzível ao texto que precede, com respeito ao qual, em cada momento, fizemos constar as devidas fontes.

*sociedade estejam depositados num local a que o acionista possa ter acesso, tal como a sede da sociedade, ou constem de um registo público". Esta verdadeira ficção de consentimento suscita dúvidas e questões. O mero acesso a (ou a publicidade de) uma cláusula que vincula o comportamento eventual futuro de um sujeito (enquanto sócio), ainda que se concedesse permitir *supor o seu efetivo conhecimento* — na base de uma ideia de que não pode aproveitar-se esse desconhecimento para assim introduzir no grémio social um espaço de *insegurança jurídica* ligado à indesejável "*multiplicação de competências*", no que toca à mesma relação social — esse *mero acesso*, dizíamos, poderá bastar para legitimamente *ficcionar* um *consentimento efetivo na atribuição da jurisdição*? As críticas doutrinárias cedo se fizeram ouvir, assinalando o afastamento da solução do Tribunal em relação ao fundamento consensual sobre que repousa o preceito de Bruxelas.*

Em acréscimo, está implícita no arrazoado do Tribunal uma desatenção a toda a problemática jurídico-societária que uma tal sorte de litígio encerra. Se é verdade que a noção autónoma de consentimento, que supostamente fica sujeita ao império do atual artigo 25.º de Bruxelas Ia, e não a uma qualquer *lex (societatis)* nacional, e se é outrossim verdade que esse artigo 25.º se ancora na garantia do efetivo consentimento das partes, não deixa de ser válida a proposição de que *normas jurídico-materiais de direito das sociedades*, que digam respeito à validade e *vinculatividade* dos estatutos e aos efeitos das suas modificações, *mesmo que se dirijam teleologicamente* a algo próximo de uma garantia do consentimento do sócio para sua proteção jurídica contra deliberações da assembleia que lhe sejam prejudiciais, *não perdem — não podem perder — necessariamente vigência ou aplicabilidade* por mero efeito de uma eventual *coincidência de sentido* com as *rationes* subjacentes ao artigo 25.º de Bruxelas Ia. Isto é, sendo verdade que o aludido preceito não pode ser *contornado* através do expediente do recurso a normas do direito material nacional de sinal contrário àquele a que ele aponta, na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal de Justiça, não menos certo é que a

normação jurídico-nacional não está sem mais derogada: há, sim, que *testar se a sua aplicação não é prejudicada* (como designadamente fez um tribunal de Munique, em 2006, ao assumir a jurisprudência *Powell Duffryn*, mas suplementando o seu teste com o da conformidade, no caso concreto, com o princípio de igualdade de tratamento dos acionistas). Isso mesmo, aliás, o Tribunal de Justiça é implicitamente levado a aceitar pela sua constante remissão, em *Powell Duffryn*, para a “*conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*”.

Antes de mais, num segundo capítulo, não podíamos deixar de examinar a natureza do pacto de jurisdição, conforme regulado em Bruxelas Ia — o instrumento normativo que tomámos por referência, em face da conhecida necessidade de isolarmos e privilegiarmos a definição de um critério *autónomo* de interpretação dos seus preceitos, mas sem que tenhamos olvidado por completo o pano de fundo sobre que os tribunais e doutrina nacionais vêm elaborando. É assim que se justifica uma alusão à discussão tudesca, que anda em torno de três grandes hipóteses de qualificação: *jurídico-processual*, *jurídico-material* e, como posição dominante na jurisprudência das últimas décadas, a perspetivação do pacto de jurisdição como um *contrato jurídico-material sobre relações processuais*. Não deixaram de fazer-se ouvir muitas vozes críticas a esta imposição: destacámos a de Gerhard WAGNER, para quem, apesar da popularidade da figura, não existiriam, verdadeiramente, contratos jurídico-materiais sobre relações processuais, uma classificação afinal imprestável a partir do reconhecimento da existência, de entre os contratos processuais, e a par de contratos *dispositivos*, também de contratos *obrigacionais* ou *de vinculação*. Esta classificação, comum na civilística alemã, é também aproveitada pelo processo, permitindo, tradicionalmente, reconhecer entre os primeiros aqueles negócios processuais que conformam diretamente a situação ou relação processual, de que seria exemplo paradigmático o pacto de jurisdição. Contudo, nem todos a subscrevem, cabendo a WAGNER um dos esforços a assinalar na procura de

recompreensão dos contratos processuais, que conduz, na sua particular construção, a, num passo intermédio, insistir no reconhecimento de vinculações obrigacionais também no plano processual, porquanto aquelas não são exclusivas do domínio do direito privado, para depois afirmar uma certa unidade na categorização dos contratos processuais, que vê como decisivo o seu conteúdo ou objeto contratual e desconsidera a pretensamente artificial divisão, no processo, entre negócios vinculativos e dispositivos (negando afinal estes últimos como categoria autónoma), ao mesmo tempo que retira os contratos processuais do espectro *jurídico-material*, para os receber plenamente no *jurídico-processual*. No que respeita, em especial, ao pacto de jurisdição, reconhece-se aí o modo *imediato* como os seus efeitos se produzem sobre a relação processual, tanto na perspectiva das partes como na do tribunal, sem necessidade de um ato intermédio ou transpositivo, mas sem que isso baste para que se fale *propriamente*, ou *jurídico-tecnicamente*, numa *Disposition*; mesmo quando atenta no efeito *derrogatório* de um pacto de jurisdição, excluindo a competência de um foro que *ex lege* seria competente, entende WAGNER que a obrigatoriedade de o tribunal se abster de julgar não teria fundamento numa pretensa *renúncia* a um direito subjetivo de demandar em foro legalmente competente, mas sim numa *modificação*, pelas partes, da *ordenação de competências* legalmente prescrita. Ou seja, o pacto de jurisdição seria o caso paradigmático de um contrato no quadro do direito processual supletivo, através do qual as partes modificariam o direito processual aplicável ao seu litígio, fundando a competência do tribunal escolhido em *desvio* da *ordenação legal de competências*.

Por seu turno, a doutrina de Adrian BRIGGS é o reflexo de um entendimento marcadamente diverso acerca da natureza jurídica das convenções jurisdicionais. Partindo de uma afirmação da importância crucial do *consentimento*, que se manifestaria de diversas formas na regulação conflitual e jurisdicional, vê-se naquelas convenções uma parte dos *terms of the contract*, a par dos demais, não descurando a ideia de *separabilidade*, que, não sendo *essencial*, serve pragmaticamente os intentos de *insular* o

pacto, em face de eventual extinção do *contrato principal*. Daí, que, numa singular anatomia (*one contract but several agreements*), se distingam o acordo entre as partes sobre as obrigações a que “*primariamente*” se vinculam entre si, um eventual segundo *acordo* que incide sobre as consequências de um incumprimento contratual, bem como, em terceiro e último lugar, um *acordo que define o quadro para a resolução de litígios*, que merece também uma qualificação *contratual*, com consequências tipicamente daí advenientes, tais como a idoneidade a darem origem a obrigações *primárias* e também *secundárias* (pensa-se, quanto a estas, na possibilidade de indemnizar pelo seu incumprimento), bem como à exigível *fidelidade* ou *observância* dos seus termos. Particularmente em face do pacto de jurisdição regido pelos preceitos de Bruxelas, veem-se feições originais que, na verdade, conduzem a que não se vislumbre no pacto de jurisdição um verdadeiro *pacto*, antes um ato de *notify-and-assent-to the jurisdictional provision*. Assim se explicaria a conformação dos requisitos do artigo 25.º de Bruxelas Ia, que, aparentando serem *formais*, vão para lá da *pura forma*: se o *acordo* aí exigido fosse verdadeiramente *contratual*, as exigências de forma não poderiam substituir a necessidade de satisfazerem-se os requisitos constantes das regras (nacionais) sobre o consentimento contratual, e a insistência do Tribunal de Justiça em que esse preceito seria suficiente garantia da existência de consentimento não convenceria. Pelo contrário, a coerência do sistema seria encontrada numa interpretação do artigo 25.º como exigência de que fosse dado um *suficiente aviso*, e uma *suficiente oportunidade de receber esse aviso*, quanto à intenção jurisdicional de cada uma das partes; aviso esse que funcionaria como a *renúncia a um privilégio jurisdicional* (*waiver of jurisdictional privilege*), o privilégio que consiste, nos termos gerais, em poder recorrer às (ou beneficiar das) regras de competência dos artigos 4.º e 7.º a 9.º de Bruxelas Ia. É como se a parte em causa estivesse a comunicar esta renúncia à regra jurisdicional fundamental, constante do artigo 4.º (competência do tribunal do domicílio do réu), *ao tribunal, e não à sua contraparte*. O que, concede BRIGGS, entra em contradição com o teor *literal* do artigo 25.º de Bruxelas

Ia, de tal modo que, onde se lê "*se as partes (...) tiverem convencionado*", se teria de ler algo como "*se a parte que será limitada (...) tiver declarado a sua vontade de aceitar*".

A crítica às posições analisadas há de começar por realçar a expressa colocação da *autonomia privada*, que está indiscutidamente na base dos *atos* ou *contratos* jurisdicionais com que lidamos, num papel *secundário*, por referência à *ordenação legal de competências* (WAGNER), ou ao *quadro jurisdicional fundamental* (BRIGGS), determinado, no contexto que em particular nos interessa, por Bruxelas Ia. Uma tal secundarização da autonomia privada é incompatível com o primado lógico-normativo que se impõe reconhecer-lhe, tendo em consideração que a liberdade de escolha, no contexto das relações privadas internacionais, entendida numa concepção não derivada (por referência à ordem jurídica estadual), assenta os seus alicerces no direito pré-estadual dos indivíduos de sujeitarem-se a uma particular ordem jurídica positiva através de atos de volição privada. Esta ideia fundamental, associável à tradição kantiana, é recuperada por Autores como MANCINI, JAYME ou BASEDOW, conforme é visível no realce da *liberdade inofensiva e desde logo legítima dos particulares*, na qual se legitima a autonomia da vontade.

Este enquadramento teórico é vazado numa classificação prática do acordo de escolha de lei, pelo qual se exerce a autonomia da vontade, em tanto que *contrato dispositivo* (*Verfügungsvertrag, self-fulfilling (dispositional) contract*), aceitável na medida em que se pressuponha agora a inequívoca afirmação de que esse carácter dispositivo se apresenta, não como um mero *modificador* de *ordenações legais* previamente estabelecidas — se assim fosse estaríamos, bem entendido, a trabalhar ainda com uma concepção *derivada* e não *apriorística* de autonomia privada —, mas sim como a característica de um contrato que *emerge num contexto em que está ausente uma ordem jurídica a priori competente, que será necessariamente apenas determinável segundo o direito internacional privado de um tribunal ulteriormente demandado*.

Estas considerações, ainda que precipuamente centradas na *electio iuris*, são igualmente prestáveis para a compreensão da *electio iudicis*: lembre-se que a escolha de lei pode não ser contemporânea da formação do contrato *substantivo*, mas antes *superveniente*, como aliás admitido explicitamente por Roma I (no seu artigo 3.º, n.º 2); e que, em rigor, não obstante a diferença, nos *efeitos práticos*, de uma atuação inadimplente, é tão válido afirmar para a *escolha de lei* que, diferentemente do comum contrato sinalagmático, nenhuma das partes promete um determinado comportamento futuro que é necessário para o mútuo cumprimento do contrato — já que, na verdade, uma eventual invocação inadimplente de uma outra *lex contractus* por um dos contraentes é rechaçada pela insuficiência de tal invocação para modificar o acordo anteriormente celebrado —, como é válido dizer para a *escolha de foro* que o comportamento futuro *desviante* de uma das partes, por exemplo, demandando junto de tribunal cuja competência internacional foi convencionalmente excluída, tão-pouco será suficiente para lhe conferir jurisdição e retirá-la ao tribunal que tenha sido exclusivamente escolhido, e em favor do qual se justificará a absolvição da instância do primeiro (nos termos de Bruxelas Ia, veja-se o seu artigo 31.º, n.º 3).

Pelo que, ao contrário de WAGNER, não vemos nos *contratos de competência* uma mera *Modifikation* da ordenação legal de competências, uma vez que aquela pressupõe algo previamente assente a ser por eles *modificado*, quando, na verdade, a faculdade de intervir ao nível da competência internacional, no suposto de que existem elementos de estraneidade, é uma faculdade *pré-estadual* e portanto *pré-legislativa*, lógica e normativamente antecedente de uma ordenação *legal* de competências, e portanto incompatível com uma sua configuração como mero *modificador* desta. É, no fundo, uma faculdade, não de *modificar* algo que lógico-normativamente ainda não existe, mas sim de *moldar, a priori*, a competência internacional ou a jurisdição. A *tutela* jurisdicional propriamente dita vem depois, por imperativos *públicos* (ligados à afirmação da soberania do Estado) e sobretudo *privados* (para proteção dos particulares, garantindo-lhes, em

último termo, o seu *day in court*). De igual modo, ao contrário de BRIGGS, não vemos como legitimamente descaracterizar o pacto de jurisdição para nele ver, conforme regulado pelos preceitos de Bruxelas e interpretado pelo tribunal do Luxemburgo, meras declarações formais e públicas de cada uma das partes sobre a (não) sujeição à jurisdição de certos tribunais. Ademais, não são inteiramente rigorosas, à luz do direito hoje posto, as negações do papel do direito nacional, para que na mais recente versão do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia, expressamente se remete, quanto à *validade substancial* do pacto de jurisdição, nem tão-pouco as explicitações do direito jurisdicional da União Europeia com base num suposto papel *relativamente excecional* da autonomia privada, infirmado, desde logo, por assente jurisprudência, bem como pelos desenvolvimentos dela favorecedores, de que é manifestação cimeira o novo papel do pacto de jurisdição em contexto de litispendência (artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia).

Tanto quanto se foi expendendo não invalida a convicção de que nos parece menos esclarecida, do ponto de vista metodológico, a ideia de partir em exclusivo de uma dada pré-compreensão da natureza jurídica de uma convenção jurisdicional, para linearmente, com base nela, determinar os contornos de uma determinada disciplina legal ou regulamentar, ainda que estes momentos (metodo)lógicos não sejam isoláveis e não se haja de aproveitar a compreensão do instituto obtida para a solução de questões que a sua específica regulamentação normativa deixe em aberto ou em dúvida. Por conseguinte, partimos em seguida para uma indispensável busca da compreensão da lei que nos é dada — em particular, aqui, o artigo 25.º de Bruxelas Ia — e será sobre essa base que, atentos aos cânones metodológicos do direito da União Europeia (e, em especial, do direito jurisdicional europeu), poderemos desenhar os contornos de regime do pacto de jurisdição em matéria societária. O percurso já feito permite-nos, mesmo sem *diretamente* extrair consequências de regime, ver na reconhecida antecedência lógico-normativa da autonomia privada os traços de fundo de um quadro que define como ilegítima a alegação da existência, e o exercício, de uma cláusula atributiva de jurisdição, sempre que não haja

um mínimo indispensável de correspondência entre o conteúdo de uma tal cláusula e a vontade de uma pessoa — seja essa vontade *real*, ou antes apenas lhe seja *razoavelmente imputável*, em face da posição em que se encontrava de *dever* ou *poder conhecer* o conteúdo da referida cláusula, porque incluída no seio de um instrumento (contratual, estatutário ou outro) que a vincula. Numa formulação (igualmente ou ainda mais) genérica, o que dizemos equivalerá a, mais uma vez por apelo àquele princípio fundante e enquadrador do regime, rejeitar a invocação ou o exercício da cláusula jurisdicional quando se lhe oponham *compelling reasons*, tomando de empréstimo a expressão de BRIGGS.

Antes de considerar as especialidades jurídico-societárias, conveio-nos conhecer, num terceiro capítulo, os *termos gerais* da admissibilidade, validade e eficácia de um pacto de jurisdição, à luz das regras de Bruxelas Ia.

Essa análise permitiu-nos, após identificar os limites territoriais, temporais e materiais de aplicação do Regulamento, sublinhar os desenvolvimentos últimos da formulação do artigo 25.º de Bruxelas Ia, onde se regulam os pactos de jurisdição. Realça-se o desaparecimento da exigência de que pelo menos uma das partes tivesse domicílio no território de um Estado-membro, bem como a nova regra de conflitos inserida no n.º 1 do preceito, que reconhece competência legislativa à *lex fori prorogati* para reger a validade substancial do pacto. E põe-se em relevo a importância do novo artigo 31.º, n.º 2, que, em matéria de litispendência, substitui a regra da prioridade temporal estrita, vigente no direito anterior, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, por um favorecimento da lide no foro escolhido, ainda antes de assente a validade de tal escolha, em franca valorização do papel da autonomia privada no contexto jurisdicional. Daquele âmbito material de aplicação, contudo, mantém-se arredada a *arbitragem*, o que, não obstante alguns esclarecimentos introduzidos pelo novo considerando n.º 12 do Regulamento, nos obrigou a dar particular ênfase ao problema da

pendência simultânea de ações arbitrais e judiciais, ou *litispendência judicial-arbitral*, um campo onde se mantêm certos espaços para demandas *torpedeantes*.

Também a questão da *internacionalidade* como pressuposto de aplicabilidade de Bruxelas Ia mereceu a nossa atenção, atentos à possibilidade de existir uma cláusula atributiva de jurisdição a tribunais de um Estado-membro e *todos os demais* elementos de facto e de direito da relação jurídica apresentarem contactos com apenas *uma* ordem jurídica, diversa da do tribunal escolhido. Concluímos que, não sendo inequívocas as fontes, serve melhor os objetivos do Regulamento — designadamente, a promoção da autonomia privada e a facilitação do reconhecimento e execução de sentenças entre os Estados-membros — a mais ampla interpretação do artigo 25.º de Bruxelas Ia, abrangendo a hipótese acima descrita. Com o que, em acréscimo, se evitam problemas de delimitação entre situações internacionais e puramente internas, a convocação das não uniformizadas regras de jurisdição nacionais, e, no contexto jurídico-societário, as dúvidas no momento da inserção de cláusula *estatutária* atributiva de jurisdição e do controlo de legalidade a sobre ela incidir em sede de registo comercial.

Após referência aos primeiros pressupostos gerais de aplicabilidade do artigo 25.º, acompanhada de breve excuro pelos projetos da Conferência da Haia, entrámos na análise, ainda em sede geral (e não ainda especialmente jurídico-societária), das condições que devem estar reunidas para que seja admissível, segundo as regras de Bruxelas Ia, o pacto de jurisdição. Aí, importa reter a necessidade de uma *suficiente determinação* da relação jurídica e do tribunal escolhido, impedindo surpresas que poderiam inelutavelmente favorecer a parte negocialmente mais forte, assim como a imperatividade de *regras jurisdicionais protetoras* de partes estruturalmente mais fracas na relação jurídica (tomador do seguro, segurado, beneficiário do seguro e lesado; consumidor; trabalhador), para cuja tutela se limita o livre jogo da autonomia privada. Também a esta subtraídas estão os litígios sujeitos a uma regra de competência internacional exclusiva, interessando em particular o imperativo reconhecimento de

competência jurisdicional ao tribunal da sede da sociedade em matérias de validade da constituição, de nulidade e de dissolução da sociedade, ou de validade das decisões dos seus órgãos.

Analisada a admissibilidade geral da cláusula atributiva de jurisdição, avançamos para a indagação sobre os requisitos *formais* e *substanciais* que ela deve respeitar, não deixando de ver no *acordo* ou *consentimento* o ponto de partida fundamental. Com efeito, *em regra*, o artigo 25.º de Bruxelas Ia, à inteira semelhança das regras bruxelenses suas *antecessoras*, erige esse acordo dos subscritores da cláusula atributiva de jurisdição em *requisito central* ou *nevrálgico* da regulação jurisdicional. São várias as ocasiões em que o Tribunal de Justiça o sublinhou, nomeadamente quando fez consignar, como razão de ser das "*formalidades exigidas*" pelo atual artigo 25.º, a *garantia da existência efetiva do consentimento das partes*. Pelo que este consentimento deve normalmente manifestar-se *de forma clara e precisa*.

Sobre este pano de fundo, surge um conjunto de requisitos *formais* e *substanciais*, cuja observância é necessária para a plena validade e eficácia do pacto de jurisdição. Quanto aos primeiros, os requisitos *formais*, é essencial à compreensão do regime ter presente que *forma*, neste contexto, não diz respeito apenas a formalidades, num sentido mais estrito do termo, mas também, em simultâneo, a exigências materiais de formação do contrato, enquanto indícios de um eficaz acordo de vontades das partes, que com aquelas formalidades se apresentam numa *inseparável unidade*, de acordo com as feições emprestadas à noção pela *interpretação autónoma* de que se encarregou o Tribunal de Justiça. Quanto aos segundos, os requisitos *substanciais*, sempre se afirmou que, não obstante o Regulamento procurar exaurir a regulação dos termos da validade do pacto, certos aspetos materiais *escapam* às regras de Bruxelas Ia, como aliás demonstram, entre outros, a jurisprudência *Powell Duffryn*, relativa às sociedades, e, mais recentemente, a regra de conflitos do n.º 1 do artigo 25.º, reconhecendo competência legislativa para a

questão da *validade substancial do pacto* à lei do foro cuja competência jurisdicional foi escolhida.

Como afirmámos, é *em regra*, e não *sempre*, que os *requisitos de forma* do n.º 1 do artigo 25.º se impõem. Para várias situações particulares, foram consagrados desvios, que analisámos, em matéria de conhecimentos de carga, de seguros, de *trusts*, de *cadeias de contratos* e, por fim, de *estatutos* sociais. Mas, mesmo na jurisprudência mais recente sobre a matéria, o Tribunal insiste na centralidade do *consentimento*, do *consenso*, como elemento fundamental para a compreensão do sentido e alcance do atual artigo 25.º de Bruxelas Ia, com o que não deixa de trazer à tona as legítimas dúvidas que podem formular-se com respeito à (in)congruência entre esta noção de consentimento e a posição em que é colocado o sócio discordante sobre a inserção de cláusula jurisdicional nos estatutos da sociedade de que é membro. Posição essa que, nos termos de *Powell Duffryn*, é aparentemente a de *inexorável submissão* aos seus termos. Tal incongruência só pode ser evitada com uma cuidadosa interpretação de algo que começa por ter arrimo em não mais do que a letra escrita pelos juízes do Tribunal sediado no Luxemburgo, nesse mesmo aresto: a *submissão* de que falamos existe perante decisões ou deliberações sociais adotadas "*em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*". Daí a centralidade da análise desse *direito nacional aplicável* para a compreensão e destrinça mais pormenorizada entre o que cabe, e o que não cabe, nesta regra do *consentimento ficcionado* ou *imposto*.

Foi, por conseguinte, a esta articulação entre o plano da interpretação dos estatutos sociais, por um lado, e o plano jurisdicional — de que partimos, em Bruxelas Ia, mas que, como acabámos de ver, não se fecha em exclusivo sobre si e antes convoca expressamente (pela voz da própria jurisprudência) os dados de direito societário nacional, em que aquele primeiro plano intervém em nome próprio —, por outro, que nos dedicámos num quarto capítulo. O ponto de partida foi um primeiro diálogo com dois

assinaláveis esforços doutrinários de articulação entre os elementos societários e jurisdicionais que este quadro problemático simultaneamente convoca, encontrados em textos de Peter O. MÜLBERT e de Johannes WEBER, nos quais colhemos algumas pistas e orientações iniciais, de que nos munimos para a tomada de posição sobre os aspetos mais particulares do regime jurídico do pacto de jurisdição *societário*.

A primeira projeção vai no sentido da determinação da lei aplicável a esse pacto. Não havia, até 2012, uma resposta explícita a este problema. Mas o artigo 25.º de Bruxelas Ia, além de afirmar a autonomia ou separabilidade da cláusula jurisdicional, no seu n.º 5, trouxe, na nova redação do seu n.º 1, uma regra de conflitos que reconhece competência à lei do foro escolhido (*lex fori prorogati*) em matéria de *validade substancial* do pacto. Por *lei* há de entender-se, dando crédito e força normativa ao considerando n.º 20 de Bruxelas Ia, a ordem jurídica designada como competente após mobilização das regras de conflitos dessa mesma lei, numa consagração (rara, nestas matérias) do reenvio. Consagração esta que, ao fixar uma *referência global*, levanta o problema de saber que regras de conflitos regem, em cada um dos Estados-membros, a validade substancial do pacto de jurisdição. Concluímos que a resposta deverá passar pela *aplicação analógica de Roma I*, ou, se preferirmos, um alargamento do seu âmbito material de aplicação que desatenda à exclusão material das "*convenções (...) de eleição do foro*" do seu artigo 1.º, n.º 2, e), de Roma I. A propósito do regime jurídico do *putativo* pacto de jurisdição, cuja validade seja questionada, atentámos na interação entre a aplicação desta nova regra de conflitos e a também nova regra de litispendência do artigo 31.º, n.º 2, que, revertendo a jurisprudência *Gasser*, impõe a todo o tribunal de um Estado-membro, que não o exclusivamente escolhido, o dever de *suspender a instância até ao momento em que o tribunal convencionalmente escolhido declare que não é competente*. Esta valorização da autonomia privada expressada na *electio iudicis* não vem sem os seus perigos, quando pensamos na hipótese de se afigurar *manifestamente inválida* a cláusula atributiva de exclusiva jurisdição, que a parte interessada, de todo o modo,

apresenta e alega como válida, com o intuito de assim obrigar um tribunal efetivamente competente a *suspender a sua instância* até que o tribunal *alegada, mas não verdadeiramente* escolhido, entretanto chamado, venha a declarar-se incompetente. Perigos esses que, não sendo facilmente neutralizáveis na articulação entre as regras dos artigos 25.º, n.º 1, e 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, poderão ser confrontados através de uma proposta de correção da conexão utilizada: sabendo-se que, na articulação entre esses dois preceitos, subjaz à verificação da existência de consentimento uma ideia em tudo análoga à que encontramos na conjugação entre os artigos 3.º, n.º 5, e 10.º, n.º 1, de Roma I, levando a que valha, analogicamente, também no contexto jurisdicional, a lei do tribunal *hipoteticamente* escolhido (*prima facie* determinado, perante o pacto de jurisdição *invocado*, mas cuja plena *eficácia* não será ainda nessa fase plenamente analisada), sugerimos que uma parte possa invocar, em sua proteção, a lei da sua residência habitual, de acordo com a qual não haveria consenso que a vinculasse efetivamente ao pacto de jurisdição, em termos análogos aos subjacentes ao artigo 10.º, n.º 2, de Roma I. No fundo, tal como na escolha de lei, nos termos do n.º 1 dessa regra, vale à partida a lei escolhida *também* quanto à existência e validade substancial da *professio iudicis*. Ao reconhecermos analogia outrossim com o n.º 2, a parte que alegue a *inexistência* de consentimento poderá invocar a lei do país da sua residência habitual, "*se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada no n.º 1*".

Atentando nas especificidades societárias, apercebemo-nos de que, para lá do autonomamente regulado pelo artigo 25.º de Bruxelas Ia, a que se junta a lei nacional quanto à validade substancial do pacto de jurisdição, adiciona-se ainda um *terceiro grau de complexidade*, uma vez que, a par dos dois pólos identificados, há ainda que considerar a aplicação da *lex societatis*, expressamente salvaguardada pelo Tribunal de Justiça em *Powell Duffryn*. Ou seja, em virtude da jurisprudência do Tribunal, temos que verificar se uma cláusula jurisdicional *estatutária* foi *adotada em conformidade com o*

direito societário nacional e com os próprios estatutos, o que nos exigiu a procura da compreensão das características desses mesmos *estatutos sociais*, para com elas moldarmos o regime dos pactos de jurisdição *societários*.

Com efeito, em *Powell Duffryn*, o Tribunal de Justiça convoca a noção de *estatutos sociais* para fazer uma leitura particular das exigências de forma e consentimento de um pacto de jurisdição, quando ele assuma a feição de uma *cláusula estatutária*. Após assumir uma analogia, para efeitos jurisdicionais, entre os *vínculos existentes entre os acionistas de uma sociedade* e os que ligam *as partes num contrato*, o Tribunal constrói a *vinculatividade* das cláusulas atributivas de jurisdição *estatutárias*, mesmo *contra* ou *independentemente* da vontade de cada sócio em particular, trabalhando implicitamente sobre o pano de fundo de uma ideia fundamental do direito das sociedades: o *princípio maioritário*. Da nossa parte, procurámos identificar o substrato em que se apoia tal princípio. O seu conhecimento ajudou-nos a contextualizar e a compreender que o princípio maioritário e a sua consagração não devem obedecer a uma *lógica unitária*, que, em invariáveis termos, justifique, por exemplo, tanto na sociedade em nome coletivo como na anónima aberta, as regras de procedimento deliberativo e, em último termo, as relações de poder entre os sócios. Se assim fosse, o princípio maioritário estaria artificialmente despido de toda a sua *materialidade*: traduzir-se-ia numa mera aritmética, puramente instrumental à instituição do *procedimento* que permite a *formação de uma vontade coletiva*.

Pois bem: aceitando-se os ensinamentos que revelam que a conformação do princípio maioritário resulta de aspetos concretos do regime do funcionamento de cada tipo societário, podemos aproveitar tais ensinamentos para a análise jurisdicional e, com base neles, reter que a *imposição da vontade da maioria*, corporizada na afirmação de soluções fundadas no princípio maioritário, apresenta, no nosso contexto, uma teleologia própria, que não há de ser *unitariamente* reconduzida a uma regra formal ou de procedimento. Ela preenche uma *função singular*, no quadro em que foi afirmada pela

jurisprudência eurocomunitária para as cláusulas atributivas de jurisdição. Uma função que é, em certo sentido, *remissiva*: é como se o Tribunal de Justiça dissesse, abreviando, que, *se o direito societário nacional confere, em dados termos, valor impositivo de uma alteração estatutária também aos sócios discordantes*, então a noção autónoma de pacto de jurisdição *recebe* esta construção e, no pressuposto de que os estatutos e o direito societário nacional sejam cumpridos, *equipara-a à prestação de consentimento*. Assim se compreende e justifica a relativa brandura com que se determinam tão-somente *exigências de acessibilidade ou publicidade* como suficientes para se preencher a hipótese da *ficção de consentimento* criada em *Powell Duffryn*. Esta construção pressupõe ainda uma compreensão da natureza dos estatutos, que os vê ocupar materialmente um espaço de conformação *essencialmente* societário, como tal *legitimado* originariamente pela *vontade* dos sócios (de cada sócio), em que ulteriormente a *estrutura e organização* desempenham um papel-chave, e, por fim, onde o *princípio maioritário* atua como regra. Eles ocupam, em suma, aquilo a que se pode chamar a *esfera social*, por oposição à *esfera individual* de cada sócio: esta última é marcada pelo signo da *contratualidade*, exigindo-se o consentimento do sócio para que a sua posição jurídica seja eficazmente afectada, ao passo que aquela é atuada pela regra maioritária, em relação à qual os sócios concordaram, ainda que tacitamente, no momento contratual de formação ou adesão à sociedade.

A distinção destas duas esferas chama a atenção para que nem toda a regulação societária é *estatutária*, neste sentido material, com múltiplas consequências sobre o regime a que devem estar sujeitos os pactos de jurisdição societários: sobretudo, a de que nem todas as estipulações inseríveis formalmente nos estatutos, assim como nem todas as deliberações adotáveis pelos sócios, se podem inelutavelmente impor a todos os sócios. No quadro descrito, deparámo-nos com a necessidade de, à luz do direito das sociedades, destrinçar as situações em que a introdução ou modificação da cláusula estatutária atributiva de jurisdição deva ser vista como *pertencendo à socialidade*, regida pelo

princípio maioritário, em face daquelas outras situações em que o *consentimento individual do sócio* tem que ser obtido, para que tais vicissitudes se produzam eficazmente, uma vez nos movamos no domínio da *contratualidade*.

Neste contexto, avultam, num primeiro ponto, os *direitos especiais* a que mais estamos acostumados, diríamos *materiais* (por exemplo, o direito especial à gerência, nas sociedades por quotas, ou o direito de os titulares de uma categoria de ações terem um voto especial na eleição de até um terço dos administradores). Em face do modo como a jurisprudência europeia configura as cláusulas jurisdicionais estatutárias, pudemos concluir que a *ratio decidendi* do Tribunal de Justiça, em *Powell Duffryn*, cobre a esfera social, vigendo a cláusula, por conseguinte, para todos os litígios emergentes de relações sociais que são objeto dos *estatutos materiais* que regem a socialidade. Por exemplo, o litígio que diz respeito à responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais. Mas a regra desenvolvida e fixada pelo Tribunal *não cobre necessariamente* os litígios que sejam relativos ao exercício de direitos que não são abrangidos por aquela esfera social: nesse caso, retomando a linguagem de *Powell Duffryn*, não estaremos no domínio de império do *instrumento de base que disciplina as relações entre o accionista e a sociedade*. Não estaremos, tão-pouco, num domínio em que o sócio *está vinculado pelos estatutos da sociedade e pelas modificações que aos mesmos forem feitas pelos órgãos da sociedade em conformidade com as disposições do direito nacional aplicável e dos estatutos*. Logo, em um tal domínio, *exterior à socialidade regida pelo princípio maioritário*, não pode dizer-se, *ab initio*, que o sócio se vincula nos termos descritos, havendo que proceder a diferenciações, que explorámos, em função da *titularidade da participação social* e do *direito especial*, e bem assim da *relação temporal* entre o *momento de inserção da cláusula atributiva de jurisdição* e o *momento da consagração estatutária do direito especial*.

Num segundo ponto, configurámos a hipótese de serem consagrados direitos especiais *jurisdicionais*, para o que começámos por imaginar a estipulação pelos sócios,

no inicial momento da fundação, sob a veste de direito especial, de um exclusivo recurso a um determinado foro para todos os litígios respeitantes às relações sociais, descontadas as matérias sob competência legal exclusiva do tribunal do Estado-membro da sede. Concluímos que nada obsta à sua admissibilidade, uma vez que a *prorogatio* é suscetível de constituir objeto possível e válido de um tal direito, mesmo que reconhecido a todos os sócios. De seguida, imaginámos a atribuição de um tal *direito especial jurisdicional* tão-só a um sócio, ou a um conjunto não totalitário de sócios — hipótese de utilidade prática se pensarmos, por exemplo, no sócio-investidor estrangeiro que negocialmente o estabelece como condição para a entrada no capital da sociedade empresária, permitindo-se assim litigar no seu domicílio, ou noutra foro escolhido por sua iniciativa e interesse. Estaríamos, nessa hipótese, perante um pacto de jurisdição *assimétrico*, no sentido em que vincula vários sujeitos, sem todavia lhes atribuir idênticos direitos e obrigações. À luz da análise jurisdicional, segundo Bruxelas Ia, não encontramos obstáculos de princípio a uma tal assimetria. À luz da análise societária, o regime dos direitos especiais será aplicável, nos termos anteriormente estudados, quando haja uma assimetria entre as posições dos sócios, ao passo que as regras estatutárias manterão plena aplicabilidade quando se trate de distinguir entre a posição (homogénea) dos sócios, de um lado, e a da sociedade, do outro.

Os direitos especiais, ao constrangerem o poder maioritário, corporizam uma importante tutela jurídica da posição individual do sócio. Mas não impõem limites ao conteúdo (nem ao processo de formação) das decisões sociais, que permanecem sob a esfera de atuação maioritária. Daí que se tenham historicamente desenvolvido, a par dos *limites externos* a que se referem as teorias dos direitos individuais, *limites intrínsecos* ao poder da maioria, corporizados, principalmente, numa tutela por abuso de direito (com consequências sobre a validade deliberativa) e na afirmação de deveres de lealdade.

Munidos destes elementos, confrontámos mais detidamente o problema, já aflorado no capítulo anterior, da admissibilidade e termos de um controlo do exercício

abusivo de uma cláusula atributiva de jurisdição. Entende-se abuso, neste contexto, num sentido amplo que cumula *comportamentos abusivos ou fraudulentos*, e onde a teleologia desempenha um papel central: é em torno do confronto entre a *invocação de uma norma* ou o *exercício de um direito*, por um lado, e a *teleologia associada à sua previsão*, por outro, que se constrói uma relativa unidade da ideia de abuso e de ilícito contorno ou fraude às prescrições normativas. Trata-se de uma operação em que não há como fugir à *irreduzibilidade da originalidade do caso concreto*, com consequências importantes no entendimento do *papel dos tribunais nacionais*: na medida em que o Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial, não *decide o caso*, antes dita a interpretação devida do direito da União Europeia relevante para o mesmo, é também *irreduzível a margem de cada tribunal nacional* na conformação dos exatos contornos em que os postulados de proibição de abuso, evasão ou fraude serão concretizados.

A forma como, no direito europeu, se foi densificando a ideia de exercício abusivo ou de ilícito contorno às normas e princípios normativos aplicáveis, nos domínios que principalmente nos animam, deu azo a uma análise da *proibição jurídico-europeia do abuso* em múltiplos planos, entre o societário e jurisdicional. No societário, manifestações cimeiras dessa ideia fundamental encontram-se já nos desenvolvimentos jurisprudenciais que conduziram à afirmação da *mobilidade das sociedades*, analisaram a *competência da assembleia geral para aumentos de capital* — num interface, digno de registo, entre valorações societárias e insolvenciais, no quadro de intervenções estatais — e incidiram sobre o *abuso e desconsideração da personalidade jurídica*, numa procura de determinar em que medida as particularidades jurídico-societárias exigem e justificam um tratamento próprio das *relações entre terceiros* (o Estado ou particulares), de um lado, e a *sociedade e o(s) seu(s) sócio(s)*, de outro lado, em tudo aquilo que é afectado pela *interposição de uma pessoa jurídica*. Em comum a todos eles, numa apreciação crítica, pudemos verificar que uma mais detida atenção às exigências normativas que subjazem, não só às *normas europeias*, como também às *normas nacionais* convocadas — no caso, de *direito das*

sociedades — haveria contribuído para que, esclarecido o respetivo *âmbito teleológico*, se lograssem soluções mais coerentes.

A atenção que assim prestámos à *pessoa jurídica societária* foi ensejo para, avançando no sentido do confronto com aspetos jurisdicionais, identificar um conjunto de concretizações da proibição do abuso da personalidade jurídica societária na fixação de competências jurisdicionais. Assim nos referimos à *competência especial da sucursal-agência-estabelecimento*, prevista no artigo 7.º, n.º 5, assim como à *competência por conexão*, hoje regulada no artigo 8.º, n.º 1, de Bruxelas Ia. Em ambos os casos, com interessantes prenúncios de uma evolução no sentido de o teste jurisdicional poder acomodar uma sindicância do abuso, seja porque, respetivamente, a pessoa jurídica é instrumento de criação artificial de uma aparência, ou porque a conexão de vários demandados visa, de modo igualmente artificial, fixar uma competência internacional, de outra forma inexistente.

Depois de termos procurado as manifestações de como foi sendo densificada a ideia de *exercício abusivo*, ou de *contorno ilícito* a normas e princípios normativos, no plano *societário*, e já após uma contextual referência a regras jurisdicionais que podem ser lidas, principal ou acessoriamente, enquanto concretizações de uma proibição do abuso da personalidade jurídica societária, justificou-se um enquadramento propriamente *jurisdicional* do problema da proibição do abuso, antes de avançarmos para algumas sugestões quanto às possíveis projeções desse quadro em instrumentos jurídico-societários que atuem o pretendido controlo. Perante os desenvolvimentos jurisprudenciais e da própria letra regulamentar, vai-se desenhando a tendência, hoje verificável, de uma crescente simpatia pela ideia de que o *exercício* ou *invocação* de uma cláusula atributiva de jurisdição deve admitir alguma forma de *controlo do abuso*, ancorado no reconhecimento de um princípio geral de proibição do (ou tutela contra o) abuso de direito, no direito da União Europeia. Esse controlo, para ser justo e eficaz, parece dever centrar-se, não apenas numa estática *apreciação da sua validade*, mas

sobretudo num dinâmica *apreciação do modo de invocação ou exercício* dos direitos que dela fluem.

Ora, perante esta leitura do quadro jurídico-europeu, impôs-se uma indagação sobre de que modo ele pode ser projetado em situações de abuso que os instrumentos jurídico-societários típicos permitam enfrentar.

Um primeiro ponto de apoio, nesse contexto, das doutrinas jurisdicionais que afirmam, em geral, a admissibilidade de um *controlo do abuso*, conduziu-nos à matéria da *impugnação de deliberações sociais*. Concluimos que, em certas circunstâncias, poderão reunir-se as condições de aplicabilidade do regime das deliberações abusivas. Bastou imaginar o sócio maioritário que, pretendendo afectar a posição do minoritário, promove uma deliberação de alteração do contrato, que, fixando para todos os litígios societários (não sujeitos à imperativa exclusividade do foro da sede social) a competência de um foro (mais) distante, dificulta, *de facto*, o acesso aos tribunais pelo sócio minoritário. É uma hipótese praticamente ponderável, que partilha uma certa analogia com o caso típico, há muito reconhecido, da deliberação de alteração da sede social, com vista a impossibilitar ou dificultar a presença de certos sócios (minoritários) nas assembleias gerais.

Avançando um pouco, ainda no domínio deliberativo, ponderámos se poderia ser configurada a hipótese de *nulidade*, por inserção, no pacto social, de uma cláusula jurisdicional. O fundamento seria a existência de *direitos de ação jurisdicional do sócio*, cuja configuração, por meio de um pacto de jurisdição estatutário, com dado conteúdo e aprovado contra a sua vontade, consubstanciaria a vulneração de *preceitos legais imperativos* que consagram tais direitos. Mas concluimos que a incerteza de uma construção que erigisse tais direitos à categoria de *direitos irrenunciáveis* seria manifestamente incomportável. Não se vê como entender o *acesso impreterível ao foro da sede social*, ou a qualquer outro foro objetivamente designado, como conteúdo integrante de um direito de ação judicial *abstratamente irrenunciável*. Aliás, a imperatividade da competência exclusiva do foro da sede social, em Bruxelas Ia, ao

restringir-se *tão-somente* às matérias indicadas no n.º 2 do seu artigo 24.º, é, senão a base de mais um argumento, ao menos um elemento que não milita em desfavor desta imposição.

Um segundo ponto de apoio, jurídico-societário, para a afirmação da admissibilidade de um controlo do abuso, conduziu-nos a uma referência ao *dever de lealdade*. Trata-se de um instrumento de controlo cuja importância é particularmente de sublinhar, num contexto, como o societário, em que as características da socialidade e das posições ativas e passivas dos sócios não se reconduzem ao simples esquema contratual sinalagmático, com prestações recíprocas de conteúdo à partida bem delimitado. Antes carece, a compreensão exata e a individuação do conteúdo das posições em que se afirma a socialidade, de um constante confronto entre os princípios fundamentais da ordem jurídica societária e o exercício dos direitos ou faculdades em abstrato reconhecidos aos sócios. Ora, neste contexto, o recurso à lealdade, enquanto instrumento jussocietário de controlo do exercício abusivo de posições sociais ativas, não é vedado pelo direito da União Europeia, como aliás bem demonstra a atendibilidade, pela jurisprudência, da necessária *conformidade com o direito societário nacional e os estatutos*, ao interpretar as regras de Bruxelas. O recurso ao direito societário nacional permanece franqueado pelo direito da União Europeia, importando manter presente a abertura que o Tribunal de Justiça afirmou, desde cedo, com respeito à necessária *conformidade* da adoção das cláusulas jurisdicionais *com o direito das sociedades nacional*.

Cientes de que, na prática, a litigância societária internacional poderá formular-se numa ação de impugnação da validade de deliberações sociais, não omitimos uma alusão ao artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia, que estabelece uma competência internacional exclusiva, em matéria de *validade da constituição, de nulidade ou de dissolução de sociedades ou de outras pessoas coletivas ou associações de pessoas singulares ou coletivas, ou de validade das decisões dos seus órgãos*, em favor dos tribunais do Estado-membro em que se situa a sede social, determinando-se esta pela aplicação das regras de

direito internacional privado nacionais. É importante a sua interação com a regra sobre a admissibilidade dos pactos de jurisdição, uma vez que, dentro do âmbito de aplicação da competência internacional legal exclusiva, não vale a *electio iudicis*. Não obstante, o referido âmbito é parcelar, não ultrapassando aquilo que descrevemos, pelo que ficam excluídas do mesmo grande parte das ações sociais, designadamente as de responsabilização dos membros dos órgãos sociais. Não há, pois, uma *competência una*, um *foro da socialidade* exclusivo para a generalidade dos litígios societários, pelo que o recurso a pactos de jurisdição mantém intocada a sua ampla utilidade.

Não deixámos, ainda, de tratar a questão de saber quais os meios de tutela perante o incumprimento do pacto de jurisdição, na perspetiva da parte não inadimplente do mesmo, que se veja confrontada com a propositura de uma ação judicial junto de tribunal diferente do convencionado. Não estando à disposição, no atual direito jurisdicional da União, *injunções de não litigância (anti-suit injunctions)*, avulta a importância da questão da *indemnizabilidade* dos danos causados por demanda junto de tribunal incompetente, em incumprimento do pacto de jurisdição. Ainda que o ponto nos suscite dúvidas, que expusemos, perante a hipótese de os estatutos, ou outro instrumento em que se inscreva o pacto de jurisdição, não acautelarem convencionalmente as consequências do seu incumprimento, já a admissibilidade de uma *cláusula penal*, para tal efeito, nos parece hoje, sem embaraço, de afirmar.

Num derradeiro capítulo, ocupámo-nos de, observando um determinado contexto jussocietário em que a utilização de pactos de jurisdição societários faz praticamente sentido, o das ações sociais de responsabilidade propostas pelo sócio, delinear os contornos que as particulares características de uma tal fórmula processual impõem, para que a inserção (e a ulterior invocação) de uma tal cláusula seja admissível, válida e eficaz, ou pelo contrário, inviabilizada. Tal levou-nos a uma análise mais pormenorizada do artigo 74.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais.

Começamos por aludir à discussão sobre o alcance da regra, estabelecida na primeira parte desse preceito, que proíbe cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade dos administradores. Concluimos que, independentemente do que, *de iure condendo*, se entenda quanto à bondade da aproximação do nosso regime a um modelo mais *dispositivo* ou *contratualizável*, não vemos como compatibilizar com a natureza da responsabilidade civil societária, e a necessidade estrutural de neutralização dos custos de agência, uma derrogação às regras de responsabilização que, mesmo que apenas para a culpa leve, avançasse, mais do que o plano dos *deveres de cuidado*, também para os *deveres de lealdade*.

Prosseguimos com a análise daquele preceito, quando sanciona com a *nulidade* as cláusulas, insertas ou não em contrato de sociedade, que subordinem o exercício da ação social do sócio a *prévio parecer ou deliberação dos sócios*, ou ainda que tornem o exercício da ação social *dependente de prévia decisão judicial sobre a existência de causa da responsabilidade ou de destituição do responsável*. Ambas estas espécies — *cláusulas de parecer*, por um lado, *cláusulas de prévia decisão judicial*, por outro — são proibidas, ao visarem, sob uma capa meramente procedimental, erigir obstáculos à material efetivação dos direitos sociais, de que a norma é garantia. Teleologicamente, podemos filiar esta solução legal na *tutela da posição do sócio contra o poder da maioria*. Essa filiação é particularmente visível na ação social do sócio, que se justifica como instrumento de tutela da minoria social, em virtude da situação de *estrutural fragilidade* em que se encontra o sócio que não exerce um poder de controlo.

Ora, o pacto de jurisdição pode, na verdade, surgir como mecanismo, contratual ou estatutário, idóneo a influenciar o *poder de litigar do sócio minoritário*. Tal o motivo que nos conduziu a atentar nos pactos de jurisdição que digam respeito à ação social de responsabilidade, e assim à conformação do modo de exercício desse poder de litigar.

Concluimos que não se vislumbra, na cláusula atributiva de jurisdição que diga (também) respeito à ação social de responsabilidade, algo de, *em abstracto* e

intrinsecamente, desconforme com a proibição *jussocietária* do artigo 74.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. O que está em causa, numa tal cláusula, é a determinação de *onde* os direitos sociais serão exercidos; nada dela se extrai, *no plano abstrato*, que minimize a tutela desse exercício efetivo. Ademais, mantemo-nos no quadro da socialidade, regida pelo princípio maioritário: mesmo que descrevamos o impulso e a legitimidade processual na ação *ut singuli* como um *direito* dos sócios minoritários, trata-se, ainda e sempre, de uma manifestação enquadrada no âmbito da socialidade, pelo que a necessidade de recorrer a um foro que não seja, porventura, o seu preferido, é contingência tipicamente jurídico-societária sob que se encontra o sócio.

Concluimos ainda que, conjugando os instrumentos jurídico-societários à disposição e o crescente reconhecimento de uma proibição do abuso, de cariz jurídico-europeu, é legítima a impugnação da validade da deliberação social que, introduzindo nos estatutos a cláusula atributiva de jurisdição, satisfaz o propósito de um sócio maioritário de conseguir vantagens especiais (para si ou para terceiros), prejudicando o sócio minoritário, ou o propósito de, simplesmente, prejudicar este último.

Concluimos, por fim, com base na mesma conjugação, que são configuráveis situações — perante a *dinâmica* da socialidade, e não obstante a dificuldade em sublimar as particularidades do caso concreto, com vista a obter uma solução operativa *em geral e abstrato* — em que o exercício ou invocação do pacto de jurisdição societário é desconforme com o comportamento devido pelo sócio, em função da lealdade.

BIBLIOGRAFIA

Na indicação das fontes que segue, e conforme introdutoriamente anunciado, apresentamos, em primeiro lugar, a *jurisprudência* que citámos, ordenada *cronologicamente*, a que se segue a *doutrina*, ordenada *alfabeticamente*:

RG, RGZ 144 96-106 (1934.03.09)

Supreme Court of New York, *Grace E. Lowendahl v. The Baltimore and Ohio Railroad Company et al.*, 247 App. Div. 144 (N.Y. App. Div. 1936) (1936.04.03)

RG, JW 65. (Heft 46) 3185 (1936.06.09)

RG, RGZ 156 101-106 (1937.11.02)

RG, RGZ 159 254-256 (1939.02.16)

SCOTUS, *International Shoe Co. v. State of Washington*, 107, 326 U.S. 310 (1945)

SCOTUS, *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co. et al.*, 342 U.S. 437 (1952)

BGH, *Zur Wirksamkeit eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Vertrages; Abtretung eines Teilgeschäftsanteils; Schranken der Ausübung des Stimmrechts des GmbH-Gesellschafters*, II ZR 70/53 (Hamburg), NJW 1954 1401-1402 (1954.06.09)

BGH, *Unterzeichnung von Entscheidungen durch nichtbeteiligte Richter; Ausschließung eines Gesellschafters aus einer KG*, II ZR 310/53 (Stuttgart), NJW 1955 1919-1921 (1955.10.27)

BGH, BGHZ 23 198-205 (1957.01.30)

Supreme Court of Delaware, *John P. Graham et al. v. Allis-Chalmers Manufacturing Company et al.*, 188 A.2d 125 (Del. Sup. Ct. 1963) (1963.01.24)

BGH, BGHZ 40 320-326 (1963.11.28)

New York Court of Appeals, *John Walkovszky v. William Carlton*, 223 N.E.2d 6 (NY 1966) (1966.11.29)

Supreme Court of Connecticut, *John Zaist et al. v. Martin Olson et al.*, 154 Conn. 563 (1967) (1967.03.07)

BGH, BGHZ 49 384-387 (1968.02.29)

Restatement (Second) of Conflict of Laws, Vol. 2, American Law Institute, 1971

Supreme Court of Delaware, *Andrew H. Schnell, Jr., and Jack Safer v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 285 A.2d 437 (1971.11.29)

SCOTUS, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972)

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, *Krivo Industrial Supply Company et al. v. National Distillers and Chemical Corporation* 483 F.2d 1098 (1095th Cir. 1973) (1973.08.07)

TJUE, *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74 (1974.12.03)

STJ, in BMJ, n.º 242 (1975), proc. n.º 064712, Relator: Acácio Carvalho (1974.12.20)

BGH, *Verletzung der gesellschaftlichen Rechtspflicht zur Rücksichtnahme*, II ZR 23/74 (Düsseldorf), NJW 1976 191-192 (1975.06.05)

TJUE, *A. de Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76 (1976.10.06)

TJUE, *Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop AG*, 12/76 (1976.10.06)

TJUE, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG v. Eurocontrol*, 29/76 (1976.10.14)

TJUE, *Estasis Salotti di Colzani AIMO e Gianmario Colzani v. RÜWA Polstereimaschinen GmbH*, 24/76 (1976.12.14)

TJUE, *Galleries Segoura v. Rahim Bonakdarian*, 25/76 (1976.12.14)

TJUE, *Theodorus Engelbertus Sanders v. Ronald van der Putte*, 73/77 (1977.12.14)

TJUE, *Nikolaus Meeth v. Glacetal, SRL*, 23/78 (1978.11.09)

TJUE, *Somafer SA v. Saar-Ferngas AG*, 33/78 (1978.11.22)

TJUE, *Henri Gourdain v. Franz Nadler*, C-133/78 (1979.02.22)

TJUE, *Sanicentral GmbH v. René Collin*, C-25/79 (1979.11.13)

TJUE, *Siegfried Zelger v. Sebastiano Salinitri*, 56/79 (1980.01.17)

TJUE, *Porta-Leasing GmbH v. Prestige International S.A.*, 784/79 (1980.05.06)

TJUE, *Blanckaert & Willems PVBA v. Luise Trost*, C-139/80 (1981.03.18)

TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Sir Gordon Slynn no caso Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain*, 150/80 (1981.05.20)

TJUE, *Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain*, 150/80 (1981.06.24)

SCOTUS, *Edgar v. MITE Corp. et al.*, 457 U.S. 624 (1982)

STJ, proc. n.º 070445, Relator: Corte Real (1982.12.14)

"Código das Sociedades (Projecto)", *BMJ*, n.º 327, 1983, pp. 43-339

TJUE, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, 34/82 (1983.03.22)

TJUE, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG et al. v. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, C-201/82 (1983.07.14)

SCOTUS, *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall et al.*, 466 U.S. 408 (1984)

TJUE, *Partenreederei Ms Tilly Russ e Ernest Russ v. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova e NV Goeminne Hout*, 71/83 (1984.06.19)

Supreme Court of Delaware, *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985) (1985.01.29)

BGH, VII ZR 359/83, BGHZ 94 156-160 (1985.04.18)

TJUE, *F. Berghoefter GmbH & Co. KG v. ASA SA*, C-211/84 (1985.07.11)

TJUE, *Procureur de la République v. Gerard Tissier*, 35/85 (1986.03.20)

TJUE, *Rudolf Anterist v. Crédit Lyonnais*, 22/85 (1986.06.24)

TJUE, *SpA Iveco Fiat v. Van Hool NV*, C-313/85 (1986.11.11)

SCOTUS, *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987)

TJUE, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*, C-218/86 (1987.12.09)

BGH, *Linotype*, II ZR 75/87 (Frankfurt), NJW 1988 1579-1582 (1988.02.01)

TRLisboa, in BMJ, n.º 271 (1988), proc. n.º 0004643, Relator: Pinto Furtado (1988.04.19)

TJUE, *Athanasios Kalfelis v. Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst e Cie et al.*, 189/87 (1988.09.27)

TJUE, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, 81/87 (1988.09.27)

BGH, IVb ZR 19/88 (Oldenburg), NJW 1989 1356-1357 (1989.01.25)

OLG Koblenz, 6 U 1946/87, WM Nr. 38, 23.09.1989 1425-1428 (1989.06.01)

BGH, *Stillhalteabkommen bei Streit über Invalidität*, IVa ZR 180/88 (Köln), NJW-RR 1989 1048 (1989.06.14)

TJUE, *Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe BV*, C-365/88 (1990.05.15)

High Court of Justice (Ch), *Newtherapeutics Ltd. v. Katz et al.*, [1991] Ch. 226 (1991)

STJ, proc. n.º 079658, Relator: Moreira Mateus (1991.03.14)

TJUE, *Marina Karella v. Ypourgo viomichanias, energeias kai technologias, Organismo Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE; Nikolaos Karellas v. Ypourgo viomichanias, energeias kai technologias, Organismo Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE*, C-19/90, C-20/90 (1991.05.30)

TJUE, *Overseas Union Insurance Ltd et al. v. New Hampshire Insurance Company*, C-351/89 (1991.06.27)

-
- TJUE, *Marc Rich and Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*, C-190/89 (1991.07.25)
- TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauro no caso Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, C-214/89 (1991.11.20)
- TJUE, *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, C-214/89 (1992.03.10)
- TJUE, *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias et al. v. Estado helénico et al.*, C-381/89 (1992.03.24)
- TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs no caso Jakob Handte & Co. GmbH Maschinenfabrik v. Traitments mécano-chimiques des surfaces SA (TMCS)*, C-26/91 (1992.04.08)
- TJUE, *Jakob Handte & Co. GmbH Maschinenfabrik v. Traitments mécano-chimiques des surfaces SA (TMCS)*, C-26/91 (1992.06.17)
- OLG Koblenz, 6 U 1946/87, WM Nr. 42, 17.10.1992 1736-1738 (1992.07.31)
- TJUE, *Vereniging Veronika Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, C-148/91 (1993.02.03)
- TJUE, *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, C-19/92 (1993.03.31)
- TJUE, *Volker Sonntag e Land Baden Württemberg v. Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann e Stefan Waidmann*, C-172/91 (1993.04.21)
- BGH, BGHZ 123 347-355 (1993.10.11)
- BGH, VIII ZR 185/92 (Düsseldorf), NJW 1994 2699-2701 (1994.03.09)
- TJUE, *George Lawrence Webb v. Lawrence Desmond Webb*, C-294/92 (1994.05.17)
- BGH, *Treuepflicht der Minderheitsaktionäre einer AG und Haftung des Stimmrechtsvertreters (Girmes)* II ZR 205/94 (Düsseldorf), NJW 1995 1739-1750 (1995.03.20)
- Supreme Court of Delaware, *Alan R. Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc. et al.*, 638 A.2d 1110 (Del. 1994) (1995.04.05)

-
- TJUE, *Lloyd's Register of Shipping v. Société Campenon Bernard*, C-439/93 (1995.04.06)
- England and Wales High Court (Commercial Court), *Grupo Torras S.A. et al. v. Sheik Farad Mohammed Al Sabah et al.*, [1995] EWHC 1 (Comm) (1995.05.26)
- TJUE, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94 (1995.11.30)
- TJUE, *Panagis Pafitis et al. v. Trapeza Kentrikis Ellados AE et al.*, C-441/93 (1996.03.12)
- BGH, III ZR 95/95 (Karlsruhe), NJW 1996 1819-1820 (1996.03.28)
- TJUE, *Brennet AG v. Vittorio Paletta*, C-206/94 (1996.05.02)
- STJ, proc. n.º 96B133, Relator: Nascimento Costa (1996.06.12)
- TJUE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v. Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95 (1997.02.20)
- BGH, "ARAG/Garmenbeck", II ZR 175/95, BGHZ 135 244-257 (1997.04.21)
- Supreme Court of Delaware, *Alan Russell Kahn v. Tremont Corporation et al.*, 694 A.2d 422 (Del. 1997) (1997.06.10)
- TJUE, *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, C-269/95 (1997.07.03)
- TJUE, *Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA v. Erik Aarnoud Minderhoud*, C-104/96 (1997.12.16)
- TJUE, *Alexandros Kefalas et al. v. Estado Helénico, Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE*, C-367/96 (1998.05.12)
- TJUE, *Réunion européenne SA et al. v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et al.*, C-51/97 (1998.10.27)
- STJ, proc. n.º 98B814, Relator: Pereira da Graça (1998.11.05)
- TJUE, *Van Uden Maritime BV (Van Uden Africa Line) v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line et al.*, C-391/95 (1998.11.17)

TRPorto, in CJ, XXIV, I (1999), proc. n.º 0054392, Relator: Jorge Santos (1999.02.04)

TJUE, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97 (1999.03.09)

TJUE, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionale SpA v. Hugo Trumpy SpA*, C-159/97 (1999.03.16)

TJUE, *Unibank A/S v. Flemming G. Christensen*, C-260/97 (1999.06.17)

TJUE, *Dionysios Diamantis v. Estado Helénico, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, C-373/97 (2000.03.23)

TJUE, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero (C-240/98)*, C-240/98 a C-244/98 (2000.06.27)

High Court of Justice (QB), *OT Africa Line Ltd v. Hijazy et al.*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 76 (2000.10.27)

TJUE, *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV et al.*, C-387/98 (2000.11.09)

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *David Pollard et al. v. Christopher Ashurst*, [2000] EWCA Civ 291 (2000.11.21)

TJUE, *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-110/99 (2000.12.14)

BGH, IX ZR 19/00 (Frankfurt a.M.), NJW 2011 1731-1732 (2001.02.22)

Del. Ch., *Joseph Orman v. Edgar M. Cullman, Sr. et al.*, 794 A.2d 5 (Del. Ch. 2002) (2002.02.26)

TJUE, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00 (2002.11.05)

High Court of Justice (QB), *Provimi Ltd. v. Aventi Animal Nutrition SA*, [2003] EWHC 961(Comm) (2003.05.06)

Del. Ch., *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003) (2003.05.28)

-
- TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger no caso Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C-116/02 (2003.09.09)
- TJUE, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, C-167/01 (2003.09.30)
- STJ, proc. n.º 03A3137, Relator: Ponce de Leão (2003.11.11)
- TJUE, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C-116/02 (2003.12.09)
- OLG Stuttgart, 3 U 147/03, BeckRS 2004 10923 (2003.12.23)
- TJUE, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger Hofstetter et al.*, C-237/02 (2004.04.01)
- OLG Hamburg, 13 U 76/03, NJW 2004, Heft 43 3126-3128 (2004.04.14)
- TJUE, *Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit et al.*, C-159/02 (2004.04.27)
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Speed Investments Limited et al. v. Formula One Holdings Limited et al.*, [2004] EWCA Civ 1512 (2004.11.12)
- STJ, proc. n.º 04B4076, Relator: Neves Ribeiro (2004.12.16)
- TJUE, *Andrew Owusu v. N. B. Jackson («Villa Holidays Bal-Inn Villas») et al.*, C-281/02 (2005.03.01)
- TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro no caso Halifax plc et al. v. Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02 (2005.04.07)
- Supreme Court of Delaware, *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen Inc.*, 871 A.2d 1108 (2005.05.05)
- TJUE, *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne et al. v. Zurich España et al.*, C-77/04 (2005.05.26)
- Cour de cassation (1re Ch. civ.), *Keller Grundbau GmbH v. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France*, Rev. crit. DIP, 95(2), 2006, pp. 413-414 (2005.10.04)

-
- TJUE, *SEVIC Systems AG*, C-411/03 (2005.12.13)
- TJUE, «*Competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*», Parecer 1/03 (Tribunal Pleno) (2006.02.07)
- STJ, proc. n.º 05B4294, Relator: Pereira da Silva (2006.02.16)
- TJUE, *Halifax plc et al. v. Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02 (2006.02.21)
- LG München I, 5HK O 4326/05, MittBayNot 2007 142-147 (2006.04.13)
- TJUE, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, C-4/03 (2006.07.13)
- TJUE, *Reisch Montage AG v. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, C-103/05 (2006.07.13)
- TJUE, *Roche Nederland BV et al. v. Frederick Primus, Milton Goldenberg*, C-539/03 (2006.07.13)
- TJUE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04 (2006.09.12)
- STJ, proc. n.º 06A3304, Relator: Faria Antunes (2006.11.14)
- BGH, *Feststellung des Jahresabschlusses einer Personengesellschaft als von Mehrheitsklauseln gedeckte Angelegenheit laufender Verwaltung*, II ZR 245/05 (OLG Hamburg), NJW 2007 1685-1690 (2007.01.15)
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Citibank NA v. MBIA Assurance SA, QVT Financial LP*, [2007] EWCA Civ 11 (2007.01.22)
- BGH, I ZR 40/04 (OLG Oldenburg), NJW 2007 2036-2038 (2007.02.15)
- TJUE, *Eirini Lechouritou et al. v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, C-292/05 (2007.02.15)
- Oberster Gerichtshof, 10 Ob 40/07s, IHR 6/ 2007 245-249 (2007.06.05)

TJUE, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, C-321/05 (2007.07.05)

STJ, proc. n.º 07B2250, Relator: Bettencourt de Faria (2007.09.27)

TJUE, *Freeport plc v. Olle Arnoldsson*, C-98/06 (2007.10.11)

House of Lords, *Premium Nafta Products Limited et al. v. Fili Shipping Company Limited et al.*, [2007] UKHL 40 (2007.10.17)

STJ, proc. n.º 07B2775, Relator: Salvador da Costa (2007.10.18)

TRPorto, proc. n.º 0734156, Relator: Pinto de Almeida (2007.10.25)

STJ, proc. n.º 07B1321, Relator: Rodrigues dos Santos (2008.02.28)

STJ, proc. n.º 08B278, Relator: Santos Bernardino (2008.05.27)

TJUE, *Nicole Hassett v. South Eastern Health Board / Cheryl Doherty v. North Western Health Board*, C-372/07 (2008.10.02)

STJ, proc. n.º 08A3127, Relator: Fonseca Ramos (2008.11.04)

BGH, *Mehrheitserfordernisse bei Stimmrechtskonsortien — Schutzgemeinschaftsvertrag II*, II ZR 116/08 (OLG Karlsruhe), NJW 2009 669-673 (2008.11.24)

TJUE, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06 (2008.12.16)

TJUE, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07 (2009.02.10)

TJUE, *Christopher Seagon v. Deko Marty Belgium NV*, C-339/07 (2009.02.12)

High Court of Justice (QB), *National Navigation Co v. Endesa Generacion SA*, [2009] EWHC 196 (Comm) (2009.04.01)

BGH, *"Schiedsfähigkeit II"*, II ZR 255/08, BGHZ 180 221-235 (2009.04.06)

TJUE, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08 (2009.06.04)

TJUE, *Inspecteur van de Belastingdienst v. X BV*, C-429/07 (2009.06.11)

TJUE, *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, C-189/08 (2009.07.16)

TJUE, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH v. Alice van der Schee*, C-292/08 (2009.09.10)

STJ, proc. n.º 5138/06.8TBSTS.S1, Relator: Serra Baptista (2009.10.08)

TJUE, *Land Oberösterreich v. ČEZ as*, C-115/08 (2009.10.27)

STJ, proc. n.º 2425/07.1TBVCD.P1.S1, Relator: Serra Baptista (2010.03.04)

TRCoimbra, proc. n.º 2703/05.4TBMGR.C1, Relator: Barateiro Martins (2010.04.13)

TJUE, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas*, C-111/09 (2010.05.20)

TJUE, *Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, C-81/09 (2010.06.02)

TRCoimbra, proc. n.º 757/10.0T2AVR-A.C1, Relator: Barateiro Martins (2010.10.19)

TJUE, *Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, C-81/09 (2010.10.21)

TJUE, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider*, C-137/08 (2010.11.09)

SCOTUS, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A., et al. v. Brown et ux., co-administrators of the estate of Brown, et al.*, 10-76, 564 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 10-76) (2011)

SCOTUS, *J. McIntyre Machinery Ltd. v. Nicastro*, 09-1343, 564 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 09-1343) (2011)

TJUE, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts v. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*, C-144/10 (2011.05.12)

BGH, II ZR 28/10 (OLG Frankfurt a. M.), NZG 2011 1114-1117 (2011.07.12)

TJUE, *eDate Advertising GmbH v. X / Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, C-509/09 / C-161/10 (2011.10.11)

-
- TJUE, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG et al.*, C-145/10 (2011.12.01)
- BGH, IV ZR 194/09, NJW 2012 2113-2116 (2012.02.15)
- TJUE, *F-Tex SIA v. Lietuvos-Anglijos UAB "JadecLOUD-Vilma"*, C-213/10 (2012.04.19)
- TJUE, *Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV et al.*, C-616/10 (2012.07.12)
- TJUE, *VALE Épitési ft.*, C-378/10 (2012.07.12)
- TJUE, *Ahmed Mahamdia v. República Argelina Democrática e Popular*, C-154/11 (2012.07.19)
- Cour de cassation (1re Ch. civ.), *Banque privée Edmond de Rothschild Europe v. X*, Arrêt n.º 983 (11-26.022) (2012.09.26)
- BGH, *Änderungsbeschlüsse bei Publikumspersonengesellschaften — Aufhebung eines Einstimmigkeitserfordernisses*, IV ZR 251/10 (KG), NZG 2013 57 (2012.10.16)
- BGH, *Beschlussfassung in Publikumspersonengesellschaften — Änderung gesellschaftsvertraglicher Mehrheitsklauseln*, IV ZR 239/11 (KG), NZG 2013 63 (2012.10.16)
- TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen no caso Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA et al.*, C-543/10 (2012.10.18)
- TJUE, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG et al. v. Samskip GmbH*, C-456/11 (2012.11.15)
- Supreme Court (UK), *VTB Capital plc v. Nutritek International Corp et al.*, [2013] UKSC 5 (2013.02.06)
- TJUE, *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA et al.*, C-543/10 (2013.02.07)
- TJUE, *Land Berlin v. Ellen Mirham Sapir, Michael J. Busse et al.*, C-645/11 (2013.04.11)

OLG Bamberg, 3 U 198/12, IPrax 2015 Heft 2 154-158 (2013.04.24)

Supreme Court (UK), *Prest v. Petrodel Resources Limited et al.*, [2013] UKSC 34 (2013.06.12)

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Antonio Gramsci Shipping Corporation et al. v. Aivars Lembergs*, [2013] EWCA Civ 730 (2013.06.19)

TJUE, *Impacto Azul, Lda v. BPSA 9 — Promoção e Desenvolvimento de Investimentos, SA et al.*, C-186/12 (2013.06.20)

Del. Ch., *Boilermakers Local 154 Retirement Fund et al. v. Chevron Corporation et al.*, 73 A.3d 934 (2013.06.25)

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky et al.*, [2013] EWCA Civ 784 (2013.07.02)

TJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v. Sunico ApS et al.*, C-49/12 (2013.09.12)

TJUE, *Siegfried János Schneider*, C-386/12 (2013.10.03)

SCOTUS, *Daimler AG v. Bauman et al.*, 11-965, 571 U.S. 1 (slip opinion; docket no. 11-965) (2014)

TJUE, *Mömax Logistik GmbH v. Bundesamt für Justiz*, C-528/12 (2014.02.06)

TJUE, *Irmengard Weber v. Mechthilde Weber*, C-438/12 (2014.04.03)

TRLisboa, proc. n.º 877/127TVLSB.L1-1, relatora: Adelaide Domingos (2014.04.10)

TRGuimarães, proc. n.º 93/13.0YRGMR, Relator: Isabel Rocha (2014.06.05)

STJ, proc. n.º 165595/11.1YIPRT.G2.S1, Relator: Gabriel Catarino (2014.07.09)

BGH, V ZB 163/12, IPrax 4/2015 347-348 (2014.08.13)

TJUE, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH v. «Kintra» UAB*, C-157/13 (2014.09.04)

TJUE, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS v. Starptautiskā lidosta Rīga VAS et al.*, C-302/13 (2014.10.23)

TJUE, *Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet no caso «Gazprom» OAO v. Lietuvos Respublika*, C-536/13 (2014.12.04)

TJUE, *H v. H. K.*, C-295/13 (2014.12.04)

STJ, proc. n.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, relator: Gregório Silva Jesus (2015.02.11)

Cour de cassation (1re Ch. civ.), (13-27.264) (2015.03.25)

Cour de cassation (1re Ch. civ.), *MJA mandataires judiciaires associés v. Platinum Controls limited*, Arrêt n.º 414 (13-24.796) (2015.03.25)

TC, proc. n.º 269/14 (publicado em DR, 2.ª série, n.º 111, 09.06.2015), Relator: Conselheiro João Pedro Caupers (2015.04.28)

TJUE, «Gazprom» OAO v. Lietuvos Respublika, C-536/13 (2015.05.13)

TJUE, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al.*, C-352/13 (2015.05.21)

TJUE, *Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, C-322/14 (2015.05.21)

TJUE, *Stefan Fahrenbrock et al v. República Helénica*, processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13 (2015.06.11)

*

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983 (reimpr. 1999)

—, *Da empresarialidade – as empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996

—, "Abusos de Minoria", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), pp. 65-70

-
- , "Artigo 59.º — Acção de anulação", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp.
- , "Artigo 60.º — Disposições comuns às acções de nulidade e de anulação", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp.
- , "Diálogos com a jurisprudência, II — Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica", *DSR*, vol. 3, 2010, pp. 49-64
- , *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010
- , *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., IDET, Cadernos, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010
- , *Curso de Direito Comercial — vol. II (Das Sociedades)*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011
- , "Sobre a (Não) Reautonomização do Direito Comercial", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 15-22
- , "Artigo 250.º — Votos", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2012
- , "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", *Scientia Iuridica*, LXI (n.º 329), 2012, pp. 223-246
- , *Curso de Direito Comercial — Das Sociedades*, Volume II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015
- ABREU, JORGE M. COUTINHO DE / DIAS, RUI PEREIRA, "Sociedades fechadas", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 15-41
- ABREU, JORGE M. COUTINHO DE / MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Grupos de Sociedades. Aquisições tendentes ao Domínio Total*, Almedina, Coimbra, 2003

-
- , "Artigo 490.º - Aquisições tendentes ao domínio total", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014
- ABREU, JORGE M. COUTINHO DE / RAMOS, MARIA ELISABETE, "Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores – (Notas sobre o Art. 379.º do Código do Trabalho)", in *Miscelâneas, IDET, n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 7-55
- , "Artigo 72.º — Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010
- , "Artigo 74.º - Cláusulas nulas. Renúncia e transacção", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 865-874
- , "Artigo 77.º — Acção de responsabilidade proposta por sócios", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010
- ABRIANI, NICCOLÒ, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998
- , "Riforma del diritto societario e responsabilità dell'amministratore di fatto: verso una nozione unitaria del'istituto?", *Le Società*, 2000, pp. 212-220
- ADAMEK, MARCELO VIEIRA VON, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*, Saraiva, São Paulo, 2009 (reimpr.: 2010)
- , *Abuso de minoria em direito societário*, Malheiros Editores, São Paulo, 2014
- ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo — A Responsabilidade por Pedido Infundado de Declaração da Situação de Insolvência ou Indevida Apresentação por Parte do Devedor*, Almedina, Coimbra, 2006
- ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011

-
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013
- , *Contratos IV — Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Almedina, Coimbra, 2014
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE / CARVALHO, JORGE MORAIS, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, "The Spanish Tribunal Supremo Grants Damages for a Breach of a Choice-of-Court Agreement", *IPrax*, Heft 1, 2009, pp. 529-533
- AMERICAN LAW INSTITUTE (A. LOWENFELD / L. SILBERMAN (REPORTERS)), *International Jurisdiction and Judgments Project*, 2000
- ANCEL, MARIE-ÉLODIE, "4. Special Jurisdiction / XI. Derived Special Jurisdiction (Art 8)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 183-194
- ANDENAS, MADS / WOOLDRIDGE, FRANK, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge et al., 2009
- ANDRADE, ANA RITA GOMES DE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Almedina, Coimbra, 2009
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1960 (9.^a reimpr.: 2003)
- , *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE / CORREIA, ANTÓNIO FERRER, "Suspensão e anulação de deliberações sociais", *RDES*, Ano III, 1947-1948, pp. 329-393
- ANDRADE, MARGARIDA COSTA, "Artigo 23.º — Usufruto e penhor de participações", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002

-
- , "A 'consuetudo mercatorum' como fonte do direito comercial", *RDM*, 2007, pp. 7-22
- , "A igualdade de tratamento dos accionistas na OPA", *DSR*, vol. 3, 2010, pp. 87-111
- , "A consolidação das contas", *RCEJ*, N.º 19, 2011, pp. 185-199
- ARAÚJO, FERNANDO, *Análise Económica do Direito — Programa e Guia de Estudo*, Almedina, Coimbra, 2008
- , *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios — O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Almedina, Coimbra, 2008
- ARENAS GARCÍA, RAFAEL, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000
- , "Suing Directors in International Litigation", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band I, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, pp. 321-335
- , "El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio (Comentario a la STJUE de 12 de mayo de 2011, BVG y JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch)", *La Ley — Unión Europea*, XXXII, n.º 7864 (29.7.2011), 2011
- , "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos", *La Ley — Unión Europea*, n.º 22, 2015, pp. 35-45
- ARIETA, GIOVANNI / SANTIS, FRANCESCO DE, *Diritto Processuale Societario*, Cedam, Padova, 2004
- ASCARELLI, TULLIO, "L'interesse sociale dell'art. 2441 Cod. Civile, la teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari", in *Problemi Giuridici — Tomo II*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 521-547
- , *Problemas das sociedades anónimas e direito comparado*, 2.^a ed., Edição Saraiva, São Paulo, 1969

-
- , "O empresário", *RDM*, Ano XXXVI (Nova Série), 1998, pp. 183-189
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Invalidades das deliberações sociais", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 17-44
- AUDIT, MATHIAS, "Du 4 octobre 2005. — Cour de cassation (1re Ch. civ.). — MM. Ancel, prés.; Pluyette, rapp.; Cavarroc, av. gén. — SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thirlez, SCP Parmentier et Didier, M. Rouvière, av.", *Rev. crit. DIP*, 95 (2), 2006, pp. 414-422
- AULL, MATTHIAS, "Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zu OLG Hamm, 18. 9. 1997 — 5 U 89/97)", *IPrax*, Heft 4, 1999, pp. 226-229
- BACHMANN, GREGOR, "Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen — Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag", in STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (HRSG.), *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages — Hannover 2014*, Band I — Gutachten — Teil E, Verlag C. H. Beck, München, 2014, pp. E1-E124
- BACHMANN, GREGOR / EIDENMÜLLER, HORST / ENGERT, ANDREAS / FLEISCHER, HOLGER / SCHÖN, WOLFGANG, *Regulating the Closed Corporation*, Walter de Gruyter, Berlin, Boston, 2014
- BASEDOW, JÜRGEN, "Civil and Commercial Matters — A New Key Concept of Community Law", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse — Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal, Oslo, 2007, pp. 151-164
- , "Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht", in *Timētikos tomos Mich. P. Stathopulu*, I, Sakkulas, Athēna, 2010, pp. 159-187
- , "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 32-59
- , "Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", in PATRIK LINDSKOUG / ULF MAUNSBACH / GÖRAN MILLQVIST / PER SAMUELSSON / HANS-HEINRICH VOGEL (EDS.), *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget, Lund, 2013, pp. 15-31

-
- , "The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 360 (2012), 2013, pp. 9-516
- , "Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, pp. 337-352
- BASTOS, NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO, "Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil", in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977 — Volume II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil (...) — Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 651-685
- BATIFFOL, HENRI, "Le droit, matière en expansion?", in HANS-JOACHIM MUSIELAK / KLAUS SCHURIG (HRSG.), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1987, pp. 25-31
- BAUER, PHILIPP, *Die internationale Zuständigkeit bei gesellschaftsrechtlichen Klagen unter besonderer Berücksichtigung des EugVÜ*, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 2000
- BAUM, HARALD / PUCHNIAK, DAN W., "The derivative action: an economic, historical and practice-oriented approach", in DAN W. PUCHNIAK / HARALD BAUM / MICHAEL EWING-CHOW (EDS.), *The Derivative Action in Asia — A Comparative and Functional Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2012, pp. 1-89
- BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, Verlag Franz Vahlen, Berlin, Frankfurt a. M., 1957
- BENAZZO, PAOLO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Cedam, Padova, 1992
- BENEDETTELLI, MASSIMO V., "Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 879-922
- , "Brussels I, Rome I and Issues of Company Law", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 225-254

-
- , "Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario", in PAULO PICONE (A CURA DI), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 205-287
- , "Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law Matters Within the EU 'Market for Corporate Models': Brussels I and Rome I after *Centros*", *EBLR*, 2005, pp. 55-81
- BERTELE, JOACHIM, *Souveränität und Verfahrensrecht — Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998
- BIRK, ROLF, "Die Einklagung fremder Rechte (action oblique, azione surrogatoria, acción subrogatoria) im internationalen Privat- und Prozeßrecht", *ZZP*, 82., 1969, pp. 70-92
- BORG-BARTHET, JUSTIN, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012
- BORK, REINHARD, "Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Kapitalgesellschaften", *ZHR*, n.º 157, 1993, pp. 48-64
- , "§ 38 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 (Einleitung — §§ 1-40), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 667-695
- , *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- BORN, GARY B., *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009
- BORN, GARY B. / RUTLEDGE, PETER B., *International civil litigation in United States courts*, 5th ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2011
- BRAND, RONALD A., "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention text on Jurisdiction and Judgments: a view from the United States", in FAUSTO POCAR / COSTANZA HONORATI (EDS.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments — Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003*, Cedam, Padova, 2005, pp. 3-40

-
- , "Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 89-99
- , "The Evolving Private International Law / Substantive Law Overlap in the European Union", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, pp. 371-383
- BRIGGS, ADRIAN, "Trusts of land and the Brussels Convention", *Law Quarterly Review*, 110(Oct.), 1994, pp. 526-531
- , "The Real Scope of European Rules for Choice of Law", *Law Quarterly Review*, 119(Jul.), 2003, pp. 352-357
- , *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008
- , "The Rejection of Abuse in International Civil Procedure", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, pp. 261-277
- , "What Should Be Done about Jurisdiction Agreements?", *Yearbook of Private International Law*, Volume 12 (2010), 2011, pp. 311-332
- , "The subtle variety of jurisdiction agreements", *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, 2012, pp. 364-381
- , "One-sided jurisdiction clauses: French folly and Russian menace", *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, 2013, pp. 137-142
- , *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- BRIGGS, ADRIAN / REES, PETER, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5th ed., Informa, London, 2009

-
- BRILMAYER, LEA / PAISLEY, KATHLEEN, "Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations: Corporations, Conspiracies, and Agency", *Calif. L. Rev.*, 74, 1986, pp. 1-40
- BRILMAYER, LEA / SMITH, MATTHEW, "The (Theoretical) Future of Personal Jurisdiction: Issues Left Open by *Goodyear Dunlop Tires v. Brown* and *J. McIntyre Machinery v. Nicastro*", *South Carolina Law Review*, vol. 63, 2012, pp. 617-635
- BRINKMANN, MORITZ, "Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht — Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO (zu EuGH, 10.9.2009 - Rs. C-292/08 - German Graphics Graphische Maschinen GmbH ./ Alice van der Schee als Konkursverwalterin der Holland Binding BV)", *IPrax*, Heft 4, 2010, pp. 324-330
- BRITO, MARIA HELENA, *A representação nos contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999
- , "A representação em direito internacional privado. Análise da Convenção da Haia de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de intermediação e à representação", in *Estudos de Direito Comercial Internacional — Volume I*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 143-194
- , "Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", *Themis*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183-220
- , "A Convenção da Haia sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento. Breve apresentação", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PAULA COSTA E SILVA (COORDS.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1641-1651
- , "O princípio do direito único como instrumento jurídico da coerência em direito internacional privado", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 977-1008
- BRONZE, FERNANDO JOSÉ, "«Continentalização» do Direito Inglês ou «Insularização» do Direito Continental?", in *BFD (Suplemento XXII)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, pp. 1-234

-
- , *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- BRUHNS, EVA, *Das Verfahrensrecht der internationalen Konzernhaftung — Durchsetzung von Konzernhaftungsansprüchen bei grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen im Rahmen der EuGVVO unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Konzernhaftungsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006
- BÜLOW, ARTHUR, "Vereinheitliches Internationales Zivilprozessrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — Der Entwurf eines Abkommens über die internationale Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen", *RebelsZ*, 29, 1965, pp. 473-510
- BÜLOW, OSKAR, "Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", *AcP*, 64., 1881, pp. 1-109
- CAEIRO, ANTÓNIO A., "Destituição do gerente designado no pacto social — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Maio de 1975", in *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984 (tb. in *RDE*, 1. (1975), pp. 283 ss.), pp. 363-441
- CALVO CARAVACA, ALFONSO L., in JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS / JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / ALFONSO L. CALVO CARAVACA / MIGUEL VIRGÓS SORIANO / MIGUEL A. AMORES CONRADI / PILAR DOMINGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado — Parte especial*, 6.^a ed., Eurolex, Madrid, 1995
- CÂMARA, PAULO, "Acordos Parassociais: Problemas de Interpretação e de Conversão", in EVARISTO MENDES / PAULO OLAVO CUNHA (COORD.), *Direito Comercial e das Sociedades — Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 445-472
- CAMILLERI, SIMON P., "Recital 12 of the Recast Regulation: A new hope?", *ICLQ*, vol. 62, October 2013, 2013, pp. 899-916
- CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE SAMPAIO, in ALFREDO LAMY FILHO / JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA (COORDS.), *Direito das Companhias*, Volume I, Forense, Rio de Janeiro, 2009
- CAPRASSE, OLIVIER, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002

-
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, "Arbitragem de litígios societários", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, 2011, pp. 7-64
- CARBONE, SERGIO M., "Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012", *Dir. comm. int.*, 27.3, 2013, pp. 651-681
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I, 4ª ed., Librería "El Fuero", Buenos Aires, 1950 (trad. espanhola de Santiago Sentís Melendo, 1997)
- CARO GANDARA, ROCIO, *La competencia judicial internacional en materia de regimen interno de sociedades en el espacio juridico europeo*, Civitas, Madrid, 1999
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967
- , *Teoria Geral do Direito Civil — Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981
- CARVALHOSA, MODESTO, *Comentários à Lei das Sociedades Anónimas*, 3.º Volume — Arts. 138 a 205, 5.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2011
- CASTRO, CARLOS OSÓRIO DE, "Sobre o artigo 89.º, n.º 2, do Projecto de Código das Sociedades", *RDE*, Ano X/XI, 1984/1985, pp. 227-250
- CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1922 (trad. espanhola da 3ª ed. italiana de José Casais y Santaló; notas de Alfredo Salvador (1977); reimpr. 2000)
- CLERMONT, KEVIN M., "An Introduction to the Hague Convention", in JOHN J. BARCELÓ III / KEVIN M. CLERMONT (EDS.), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from the Hague*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 3-14
- COESTER-WALTJEN, DAGMAR, "Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zum internationalen Zuständigkeit", *RabelsZ*, 79, 2015, pp. 471-520
- COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES, *Da compra e venda em direito internacional privado — Aspectos fundamentais — Vol. I*, Lisboa, 1954

-
- , *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964
- , *Direito Internacional Privado — Casos práticos de devolução e qualificação*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1983
- , *Direito internacional privado — O regime da devolução no Código Civil de 1966 (Curso Jurídico 1967/1968)*, AAFDL, Lisboa, 1984
- COLLINS, LAWRENCE, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Butterworths, London, 1983
- , *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, London, 2012
- COMOGLIO, PAOLO / VEDOVA, PAOLO DELLA, *Lineamenti di Diritto Processuale Societario*, Giuffrè, Milano, 2006
- CONAC, PIERRE-HENRI, "Note sous Cour de justice de l'Union européenne (ch. 9), 20 juin 2013, n° C-186/12, *Impacto Azul Lda c/ BPSA 9 — Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA, Bouygues Imobiliária — SGPS Lda, Bouygues Immobilier SA, Aniceto Fernandes Viegas, Óscar Cabanez Rodriguez*", *RDS*, n.º 3, 2014, pp. 179-186
- COOK, WALTER W., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", *Yale L. J.*, vol. 42 (1932-1933), 1933, pp. 333-358
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1983 (5.ª reimpr.: 2013)
- , *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997
- , *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*, Almedina, Coimbra, 2000
- , "Accionistas: concessão de crédito e igual tratamento", in JORGE MIRANDA (COORD.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 131-163

-
- , *Direito europeu das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005
- , "A lealdade no direito das sociedades", *ROA*, 66., 2006, pp. 1033-1065
- , *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos "O Direito", n.º 2, Almedina, Coimbra, 2007
- , "Artigo 69.º (Regime especial de invalidade das deliberações)", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011
- , "Artigo 74.º Cláusulas nulas. Renúncia e transacção)", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011
- , "Artigo 194.º (Alterações do contrato)", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011
- , *Direito das Sociedades - I - Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011
- , *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Lições de Direito Comercial — Vol. II — Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968
- , *Estudos Jurídicos - II - Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1985
- , "Da arbitragem comercial internacional", in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 173-229
- , "Algumas Considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais", *RLJ*, Ano 122.º, n.ºs 3787-3789, 1990, pp. 289-292, 321-322, 362-366
- , *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1996 (4.ª reimpr.)
- , *Lições de Direito Internacional Privado — I*, Almedina, Coimbra, 2000

-
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER / XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, "Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal (A propósito de uma hipótese típica)", *RDE*, Ano V, 1979, pp. 3-19
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER / XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO / CAEIRO, ANTÓNIO A. / COELHO, MARIA ÂNGELA, "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto de lei - 2.^a redacção revista", *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho), 1979, pp. 142-200
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER / XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO / COELHO, MARIA ÂNGELA / CAEIRO, ANTÓNIO A., "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto de lei - 2.^a redacção e exposição de motivos", *Revista de Direito e Economia*, Ano III, n.º 1 (Janeiro/Julho), 1977, pp. 153-224
- CORREIA, LUÍS BRITO, *Direito Comercial — 2.º volume — Sociedades Comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989
- COSTA, RICARDO, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português — Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002
- , "Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto", in *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 23-43
- , "Artigo 252.º — Composição da gerência", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2012
- , *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2014
- COZIAN, MAURICE / VIANDIER, ALAIN / DEBOISSY, FLORENCE, *Droit des Sociétés*, 26e. éd., LexisNexis, Paris, 2013
- CRUZ, MARTINHO DE ALMEIDA / DESANTES REAL, MANUEL / JENARD, PAUL, "Relatório sobre a Convenção respeitante à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa à Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e mercantil e ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça com as adaptações que lhe foram introduzidas pela Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e as adaptações que lhe foram introduzidas pela Convenção relativa à adesão da República Helénica", *JOCE*, 28.7.90, C 189, 1989, pp. 35-56

-
- CUNHA, CAROLINA, "A Exclusão de Sócios (em particular, nas Sociedades por Quotas)", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), pp. 201-233
- , "Artigo 17.º — Acordos parassociais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 286-318
- CUNHA, PAULO A. V., *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, Lisboa, 1935
- CUNHA, PAULO OLAVO, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993
- , *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª. ed., Almedina, Coimbra, 2012
- , "O Poder dos Sócios", in FÁBIO ULHOA COELHO / MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (COORD.), *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 189-215
- , "Os novos direitos especiais: as ações especiais", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 111-146
- CUNIBERTI, GILLES, "The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, pp. pp. 279-288
- CURA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA, *Mora Debitoris no Direito Romano Clássico (contributo para o seu estudo)*, Fundação Calouste Gulbenkian / Fundação para a Ciência e Tecnologia, Coimbra, 2011
- , *Curso de Organização Judiciária*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- DAVIES, PAUL L. / HOPT, KLAUS J., "Corporate Boards in Europe — Accountability and Convergence", *Am. J. Comp. L.*, Vol. 61, 2013, pp. 301-375
- DAVIES, PAUL L. / WORTHINGTON, SARAH, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 9th ed., Thomson Reuters, London, 2012
- DIAS, CRISTIANO, *Os Direitos Especiais dos Sócios*, Almedina, Coimbra, 2015

-
- DIAS, RUI PEREIRA, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007
- , "As Sociedades no Comércio Internacional (Problemas Escolhidos de Processo Civil Europeu, Conflitos de Leis e Arbitragem Internacional)", in *Miscelâneas, IDET, n.º 5*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 41-108
- , "A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos Recentes do Direito das Sociedades na Alemanha)", *DSR*, vol. 1, 2009, pp. 243-251
- , "Artigo 3.º - Lei pessoal", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 69-84
- , "O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades", *DSR*, vol. 3, 2010, pp. 215-236
- , "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 291-304
- , "Artigo 325.º-A — Subscrição, aquisição e detenção de acções", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 424-437
- , "Suing Corporations in a Global World — A Role for Transnational Jurisdictional Cooperation?", *Yearbook of Private International Law, Volume 14 (2012/2013)*, 2013, pp. 493-517
- , "Artigo 481.º - Âmbito de aplicação deste título", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014
- , "Conflitos de Jurisdições e Direito das Sociedades", in STEFAN GRUNDMANN / CHRISTIAN BALDUS / CLÁUDIA LIMA MARQUES / MARTIN SCHMIDT-KESSEL / HEINZ-PETER MANSEL / RUI PEREIRA DIAS / THOMAS RICHTER (HRSG.), *Altruistische Rechtsgeschäfte sowie Methoden- und Rezeptionsdiskussionen im deutsch-lusitanischen und internationalen Rechtsverkehr / Negócios Jurídicos Altruistas e Discussões de Método e de Receção nas Relações Jurídicas Luso-Alemãs e Internacionais — 20. und 21. Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Osnabrück und Köln / 20º e 21º*

-
- Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas em Osnabruque e Colônia*, Nomos, Baden-Baden, 2014, pp. 125-133
- , "O acórdão Mōmax do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12) – breves notas", *DSR*, vol. 11, 2014, pp. 273-278
- , "A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013)", in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 411-424
- DICKINSON, ANDREW, "1. Background and Introduction to the Regulation", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1-54
- DIETZ-VELLMER, FABIAN, "Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft", *NZG*, 2011, pp. 248-254
- DOMEJ, TANJA, "Alles klar? — Bemerkungen zum Verhältnis zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten unter der neu gefassten EuGVVO", in JENS ADOLPHSEN / JOACHIM GOEBEL / ULRICH HAAS / BURKHARD HESS / STEPHAN KOLMANN / MARKUS WÜRDINGER (HRSG.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, pp. 97-108
- , "Die Neufassung der EuGVVO — Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht", *RabelsZ*, 78, 2014, pp. 508-550
- DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009
- , "Artigo 194.º — Alterações do contrato", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp.
- DRAGUIEV, DEYAN, "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *J.Int.Arb.*, Vol. 31, no. 1, 2014, pp. 19-46
- DREHER, MEINRAD, "Die Schadensersatzhaftung bei Verletzung der aktienrechtlichen Treuepflicht durch Stimmrechtsausübung — Zugleich eine Besprechung des Urteils des LG Düsseldorf ZIP 1993, 350 – "Girmes/Effecten-Spiegel"", *ZIP*, 14., Heft 5, 1993, pp. 332-337

-
- DROZ, GEORGES A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, Paris, 1972
- DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000
- , "Uma introdução ao Direito Comparado", *O Direito*, 138.º, IV, 2006, pp. 769-792
- , "(Uma) Introdução ao Direito das Sociedades", in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 9-79
- , "Pluralismo jurídico e democracia", in CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA / ÂNGELA BARRETO XAVIER / PEDRO CARDIM (ORGS.), *António Manuel Hespanha — Entre a História e o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 417-428
- DWORKIN, RONALD, *Law's empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 1986
- EBBING, FRANK, "Satzungsmäßige Schiedsklauseln", *NZG*, 1999, pp. 754-757
- ECKERT, GEORG, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Manz, Wien, 2010
- EIDENMÜLLER, HORST, "Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut", *RabelsZ*, 70, 2006, pp. 474-504
- , "Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht", *KTS*, 70., Heft 2, 2009, pp. 137-161
- EIDENMÜLLER, HORST / FROBENIUS, TILMANN, "Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement", *WM*, 65., 2011, pp. 1210-1218
- EIZIRIK, NELSON, *A Lei das S/A comentada*, Volume II — Arts. 121 a 188, Quartier Latin, São Paulo, 2011
- ELLENBERGER, JÜRGEN, "§ 185", in PETER BASSENGE ET AL. (BEARB. VON), *Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, pp.
- , "Überbl v § 104", in PETER BASSENGE ET AL. (BEARB. VON), *Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., C. H. Beck, München, 2012, pp.
- ENDEMANN, WILHELM, *Das deutsche Zivilprozeßrecht*, Scientia-Verlag, Aalen, 1868 (reimpr. 1969)

-
- ENNECCERUS (BEGR.), LUDWIG / NIPPERDEY, HANS CARL, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a) de 12 de mayo de 2011, asunto C-144/10, *BVG c. JPMorgan*", *REDI*, LXIII (2011), 2, 2011, pp. 242-246
- ESSER, JOSEF, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung — Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1. Aufl., Athenäum, Frankfurt am Main, 1970
- EVRIGENIS, DEMETRIOS I. / KERAMEUS, K. D., "Report on the accession of the Hellenic Republic to the Community Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (86/C 298/01)", *JOCE*, 24.11.86, C 298, 1986, pp. 1-28
- FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações — Primeiro Volume (Apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica — Porto)*, Almedina, Coimbra, 1990
- FAWCETT, J. J., "Article 6(1) of the ECHR and Private International Law", *ICLQ*, vol. 56, January 2007, 2007, pp. 1-48
- FENTIMAN, RICHARD, *International Commercial Litigation*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015
- FERIA, RITA DE LA, "Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax", *CML Rev.*, 45, 2008, pp. 395-441
- , "Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law", in RITA DE LA FERIA / STEFAN VOGENAUER (EDS.), *Prohibition of Abuse of Law — A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2011, pp. xv-xxv
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Insolvências transfronteiriças — Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000 — Anotado, Quid Juris?*, Lisboa, 2003
- , "A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português", *DSR*, vol. 4, 2010, pp. 11-74

-
- FERNANDES, MARIA JOÃO MATIAS, "Pactos de jurisdição — A propósito de um acórdão do STJ — Supremo Tribunal de Justiça — Acórdão n.º 3/2008, de 28 de Fevereiro (Agravo n.º 1321/2007 — 2.ª Secção)", *O Direito*, V, 2008, pp. 1139-1177
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law: Will They Ever Survive?", in HEINZ-PETER MANSEL / THOMAS PFEIFFER / HERBERT KRONKE / CHRISTIAN KOHLER / RAINER HAUSMANN (HRSG.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, Sellier European Law Publishers, München, 2004, pp. 169-186
- , "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des Cours*, t. 323 (2006), 2008, pp. 9-260
- FERREIRA, RICARDO DO NASCIMENTO, "As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas", *DSR*, vol. 5, 2011, pp. 195-233
- FIKENTSCHER, WOLFGANG / HEINEMANN, ANDREAS, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2006
- FITCHEN, JONATHAN, "14. I. Authentic Instruments (Arts 58 and 60)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 521-533
- FLEISCHER, HOLGER, "Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht", *JZ*, 58. Jahrgang, n.º 18, 2003, pp. 865-874
- , "Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe", *AG*, Heft 10, 2004, pp. 517-528
- , "Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts", *NJW*, n.º 49, 2005, pp. 3525-3530
- , "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen. Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht", in HANS-UELI VOGT / HOLGER FLEISCHER / SUSANNE KALSS (HRSG.), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 181-214
- FONSECA, ELENA ZUCCONI GALLI, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Giuffrè Editore, Milano, 2004

-
- , "Modelli arbitrali e controversie societarie", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2006, pp. 513-538
- FONSECA, HUGO DUARTE, *Sobre a Interpretação do Contrato de Sociedade nas Sociedades por Quotas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- FONSECA, TIAGO SOARES DA / CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, "A natureza subsidiária da acção *ut singuli*", *RDS*, III, 2011, pp. 369-393
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, "Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades", in A. PALMA CARLOS ET AL., *Novas perspectivas do direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 315-336
- , *Contrato e deveres de protecção*, BFD (separata do vol. XXXVIII), Coimbra, 1994
- , *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004
- , "Acordos parassociais "omnilaterais" — Um novo caso de "desconsideração" da personalidade jurídica?", *DSR*, vol. 2, 2009, pp. 97-135
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA / GONÇALVES, DIOGO COSTA, "A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais", *RDS*, I, 2009, pp. 885-922
- FRANÇA, ERASMO VALLADÃO A. E N., *Conflitos de interesses nas assembleias de S.A.*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993
- FRANCO, STÉPHANIE, "Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis", in EMMANUEL GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 107-146
- FRANZOSI, MARIO, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *European Intellectual Property Review*, vol. 19, 1997, pp. 382-385
- FREITAG, ROBERT, "Halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter der Brüssel I-VO", in PETER MANKOWSKI / WOLFGANG WURMNEST (HRSG.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Sellier, München, 2014, pp. 419-431
- FURTADO, JORGE HENRIQUE PINTO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005

-
- GAILLARD, EMMANUEL / TRAUTMAN, DONALD T., "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Rev. crit. DIP*, 75 (1), 1986, pp. 1-31
- , "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *Am. J. Comp. L.*, Vol. 35, 1987, pp. 307-340
- GALGANO, FRANCESCO, *Diritto Civile e Commerciale — Volume Terzo — L'Impresa e le Società — Tomo Primo — Le Società di l'Impresa — Le Società in Genere — Le Società di Persone*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 2004
- , *La forza del numero e la legge della ragione — Storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., "3. *Lis pendens* and exclusive choice-of-court agreements (Art 31(2)-(4))", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 336-343
- , "Article 25", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 277-306
- , "Article 26", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 306-311
- GARNETT, RICHARD, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Librairie Dalloz, Paris, 1965
- , "Du 10 mars 1992. — Cour de Justice des Communautés européennes (5e Ch.) (Aff. C-214/89)", *Rev. crit. DIP*, 81 (3), 1992, pp. 535-540
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e. éd., LGDJ, Paris, 2010
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe — Matières civile et commerciale — Règlements 44/2001 et 1215/2012 — Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5e. éd., LGDJ, Paris, 2015
- GEBAUER, MARTIN, "Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht", in HERBERT KRONKE / KARSTEN THORN (HRSG.), *Grenzen überwinden -*

-
- Prinzipien bewahren — Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Giesecking, Bielefeld, 2012, pp. 267-285
- , "Gerichtsstandsvereinbarung und Pflichtverletzung", in REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE (HRSG.), *Recht ohne Grenzen — Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Sellier European Law Publishers, München, 2012, pp. 267-285
- GEIMER, REINHOLD, "Auslegung des Begriffs 'Zivil- und Handelssachen' — EuGH, Urteil vom 14.10.1976 - Rs 29/76", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 11, 1977, pp. 492-493
- , "Das Fehlen eines Gerichtsstandes der Mitgliedschaft als gravierender Mangel im Kompetenzsystem der Brüssler und der Luganer Konvention — Kritische Bemerkungen zu Art. 16 Nr. 2 GVÜ", in BUNDESNOTARKAMMER (HRSG.), *Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1996, pp. 869-886
- GEIMER, REINHOLD / SCHÜTZE, ROLF A., *Internationale Urteilsanerkennung — Band I — 1. Halbband: Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, Verlag C. H. Beck, München, 1983
- , *Europäisches Zivilverfahrensrecht - Kommentar*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- GELTER, MARTIN, "Why do shareholder derivative suits remain rare in Continental Europe?", *Brook. J. Int'l L.*, 2012, pp. 843-892
- GIERKE, OTTO FRIEDRICH VON, "Über die Geschichte des Majoritätsprinzips", in GUSTAV SCHMOLLER (HRSG.), *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 39., 1915, pp. 7-29
- GIULIANO, MARIO / LAGARDE, PAUL, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligatinos contractuelles", *JOCE*, 31.10.80, C 282, 1982, pp. 1-50
- GODDARD, DAVID, "The Fruits of the Judgments Project", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 195-205

-
- GOMES, JOSÉ FERREIRA, "Conflitos de Interesses entre Accionistas nos Negócios Celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Accionista Controlador", in PAULO CÂMARA ET AL., *Conflitos de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 75-213
- , *Da Administração à Fiscalização das Sociedades — A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2015
- GONÇALVES, ANABELA DE SOUSA, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado — A Mudança de Paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013
- GONÇALVES, DIOGO COSTA, "Notas breves sobre a socialidade e a parassocialidade", *RDS*, V, 2013, pp. 779-799
- , *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais — Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Almedina, Coimbra, 2015
- GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário ao Código Comercial Português*, Volume I, Empreza Editora J. B., Lisboa, 1914
- , *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Empreza Editora J. B., Lisboa, 1914
- GONÇALVES, PEDRO, "Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo", in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 569-626
- , *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998
- , *Direito da União — História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2014
- GOTHOT, PIERRE / HOLLEAUX, DOMINIQUE, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 — Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Editions Jupiter, Paris, 1985

-
- GOTTWALD, PETER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen — Verträge zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht", in GERHARD WALTER (HRSG.), *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, De Gruyter, Berlin, 1995, pp. 295-309
- , "EuGVO Art. 5", in WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3 (§§ 1025-1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013
- , "EuGVO Art. 23", in WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3 (§§ 1025-1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013
- GRASMANN, GÜNTHER, *System des internationalen Gesellschaftsrechts — Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne, Berlin, 1970
- GREGER, REINHARD, "Vor § 128 ZPO", in *Zöller Zivilprozessordnung — mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen — Kommentar*, 26. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007
- GROBFELD, BERNHARD, "Internationales Gesellschaftsrecht", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Einführung zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR — Internationales Gesellschaftsrecht*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 1998
- GRUNDMANN, STEFAN, *Qualifikation gegen die Sachnorm — Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1985
- , "»Inter-Instrumental-Interpretation« — Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht", *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 882-932
- , *European Company Law — Organization, Finance and Capital Markets*, 2nd ed., Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012
- GRÜNEBERG, CHRISTIAN, "Überbl v § 311", in PETER BASSENGE ET AL. (BEARB. VON), *Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Aufl., C. H. Beck, München, 2012

-
- GRUNEWALD, BARBARA, "Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen", *ZGR*, 1995, pp. 68-92
- GUERREIRO, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES, "Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas", *Revista de Direito Mercantil*, n.º 42, 1981, pp. 69-88
- GUINÉ, ORLANDO VOGLER / SANTOS, HUGO MOREDO, "Comentário preliminar às alterações introduzidas no regime jurídico das obrigações", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 183-217
- HABERSACK, MATHIAS, "Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien", *ZHR*, vol. 164, 2000, pp. 1-22
- HABERSACK, MATHIAS / VERSE, DIRK A., *Europäisches Gesellschaftsrecht — Einführung für Studium und Praxis*, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011
- HABSCHEID, WALTHER J., *Rechtsstaatliche Aspekte des internationalen Schiedsverfahrens mit Rechtsmittelverzicht nach dem IPR-Gesetz*, Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte (Hrsg.), Zürich, 1988
- HANSMANN, HENRY / MATTEI, UGO, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. L. Rev.*, Vol. 73, 1998, pp. 434-479
- HARTLEY, TREVOR, "Choice-of-Court Agreements and the New Brussels I Regulation", *Law Quarterly Review*, 129(Jul.), 2013, pp. 309-317
- HARTLEY, TREVOR C., *International Commercial Litigation — Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009
- , "The International Scope of Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention", in MICHAEL JOACHIM BONELL / MARIE-LOUISE HOLLE / PETER ARNT NIELSEN (HRSG.), *Liber amicorum Ole Lando*, Djøf Publ., Copenhagen, 2012, pp. 197-211
- , *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- , "The Brussels I Regulation and Arbitration", *ICLQ*, vol. 63, October 2014, 2014, pp. 843-866

-
- HARTLEY, TREVOR C. / DOGAUCHI, MASATO, *Explanatory Report — Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2005
- HÄSEMAYER, LUDWIG, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2007
- HAUBOLD, JENS, "Internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche und konzerngesellschaftsrechtliche Haftungsansprüche nach EuGVÜ und LugÜ (zu OLG München, 25.6.1999 — 23 U 4834/98)", *IPrax*, Heft 5, 2000, pp. 375-384
- HAUSMANN, RAINER, "Internationales Vertragsrecht", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR — Art 11-29 Rom I-VO; Art 46b, c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2)*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 2011
- HAYTON, DAVID, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Am. J. Comp. L.*, Vol. 36, 1987, pp. 260-282
- HEINZE, CHRISTIAN, "Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 581-618
- HELLGARDT, ALEXANDER, "Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, pp. 765-794
- HELLWIG, HANS-JÜRGEN, *Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968
- HEMELING, PETER, "Referat", in STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (HRSG.), *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages — München 2012*, Band II/1, Verlag C. H. Beck, München, 2013, pp. N 31 - N 49
- HENRIQUES, SOFIA, *Os Pactos de Jurisdição no Regulamento (CE) n.º 44/2001*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

-
- HERRLER, SEBASTIAN, "§ 9b GmbHG", in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015
- HERZFELD, PERRY, "Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes", *Arbitration International*, Vol. 24, Iss. 2, 2008, pp. 297-330
- HESS, BURKHARD, *Europäisches Zivilprozessrecht — Ein Lehrbuch*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010
- HESS, BURKHARD / PFEIFFER, THOMAS / SCHLOSSER, PETER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03, Heidelberg, 2007
- HILL, JONATHAN / CHONG, ADELIN, *International Commercial Disputes — Commercial Conflict of Laws in English Courts*, 4th ed., Hart Publishing, Oxford, 2010
- HOHLOCH, GERHARD, "Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip (Zur Bedeutung des Parteiwillens im europäischen Internationalen Privatrecht)", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse — Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal, Oslo, 2007, pp. 257-270
- HOPT, KLAUS J., *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schutz gegen unberechtigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren*, C. H. Beck, München, 1968
- , "Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme — unter besonderer Berücksichtigung der Banken", *ZIP*, 38, 2013, pp. 1793-1806
- HOPT, KLAUS J. / ROTH, MARKUS, "§ 93", in HERIBERT HIRTE / PETER O. MÜLBERT / MARKUS ROTH (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, Band 4/2: §§ 92-94, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2014
- HORN, NORBERT, "Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. 23 EuGVO?", *IPrax*, Heft 1, 2006, pp. 2-4

-
- Houben, Mariasofia, "Giurisdizione e legge applicabile ai prestiti obbligazionari", *Rivista delle società*, 60.º, 2015, pp. 617-656
- Houpin, Charles / Bosvieux, Henri, *Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations (avec formules)*, Tome Deuxième, Recueil Sirey, Paris, 1935
- Huber, Ulrich, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", in Norbert Horn (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart — Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Band II, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, pp. 167-192
- Hüffer (Begr.), Uwe / Koch, Jens, *Aktiengesetz*, 11. Aufl., C. H. Beck, München, 2014
- Hüffer, Uwe, "Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel", in Jürgen F. Baur / Klaus J. Hopt / K. Peter Mailänder (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1990, pp. 59-78
- Illmer, Martin, "2. I. Scope [Art. 1]", in Andrew Dickinson / Eva Lein (Eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 55-92
- International, Institut de Droit, "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées", 1991, acessível via http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF, consultado em 1.6.2015, pp. 1-3
- Jänterä-Jareborg, Maarit, "Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective", *Recueil des Cours*, t. 304 (2003), 2004, pp. 181-386
- Jayme, Erik, "Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz", in *Gesammelte Schriften — Band 4 — Internationales Privatrecht — Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, Müller, Heidelberg, 1980 (2009), pp. 8-50
- , "Mancini heute — Einige Betrachtungen", in *Gesammelte Schriften — Band 4 — Internationales Privatrecht — Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig*

-
- zum *Europäischen Kollisionsrecht*, Müller, Heidelberg, 1981 (2009), pp. 71-80
- , "Gerichtsstand und abgelaufener Hauptvertrag in Art. 17 EuGVÜ (zu EuGH, Urteil v. 11.11.1986 — Rs 313/85 — Iveco Fiat Spa ./ Van Hool NV)", *IPrax*, Heft 6, 1989, pp. 361-362
- , "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in BERNHARD PFISTER / MICHAEL R. WILL (HRSG.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, pp. 435-439
- , "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées — Considérations préliminaires pour la délimitation de l'objet des travaux", *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, pp. 13-35
- , "Rapport définitif", *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, pp. 62-79
- , "Rapport provisoire et avant-projet de résolution", *Annuaire*, Vol. 64, Tome I — Session de Bâle 1991 — Travaux préparatoires, 1991, pp. 36-62
- , "Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 140-154
- , *Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübinger Universitätsreden / Neue Folge, Band 10 / Reihe der Juristischen Fakultät, Band 5, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Tübingen, 1993
- , "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne — Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), 1996, pp. 9-268
- , "Qualifikation und favor negotii im Internationalen Privatrecht", in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 209-215

-
- , "Die kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung", *RabelsZ*, 67, 2003, pp. 211-230
- , "Ideengeschichte von Mancini zu Wengler", in *Gesammelte Schriften — Band 3 — Internationales Privatrecht und Völkerrecht*, Müller, Heidelberg, 2003, pp. 9-24
- JAYME, ERIK / KOHLER, CHRISTIAN, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht", *IPrax*, Heft 6, 1992, pp. 346-356
- JENARD, PAUL, "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968)", *JOCE*, 5.3.79, C 59, 1979, pp. 1-65
- JENARD, PAUL / MÖLLER, G., "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 (90/C 189/07)", *JOCE*, 28.7.90, C 189, 1988, pp. 57-122
- JUAN Y MATEU, FERNANDO, "La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2, 2005, pp. 187-202
- JUENGER, FRIEDRICH K., "A Hague Judgments Convention?", *Brook. J. Int'l L.*, vol. 24, 1998, pp. 111-123
- JUNGERMANN, JULIA, *Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ/EuGVO und LugÜ*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006
- JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, "A «fictio iuris» no Direito Romano («Actio ficticia») — Época clássica", *BFD*, suplemento, XXXII (1988), 1989, pp. 1-626
- KAHAN, MARCEL, *Corporations*, Package I, New York University School of Law, New York, 2010
- KAHAN, MARCEL / ROCK, EDWARD, "How to Prevent Hard Cases from Making Bad Law: Bear Stearns, Delaware, and the Strategic Use of Comity", *Emory L.J.*, Vol. 58 (2008-2009), 2009, pp. 713-759
- KALSS, SUSANNE, "Shareholder Suits: Common Problems, Different Solutions and First Steps towards a Possible Harmonisation by Means of a European Model Code", *ECFR*, 3, 2009, pp. 324-347

-
- KANT, IMMANUEL, *Die Metaphysik der Sitten*, Berliner Ausgabe, 2013, 2. Auflage (Michael Holzinger), Erstdruck: Königsberg (Nicolovius), 1797/1798
- KARRÉ-ABERMANN, DORIS, "Wirksamkeitsvoraussetzungen von Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften — Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. März 1992 (in der Fassung der Urteilsberichtigung vom 25. März 1992) in der Rechtssache C-214/89 (Powell Duffryn plc/Petereit)", *ZEuP*, 1994, pp. 138-150
- KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt am Main, 1980
- KELSEN, HANS, *Teoria Pura do Direito*, 2.^a ed. (trad. por João Baptista Machado, 1962), Arménio Amado — Editor, Sucessor, Coimbra, 1960
- KERN, CHRISTOPH A., "Richterrechtlicher Torpedoschutz (zu BGH, 13.8.2014 — V ZB 163/12)", *IPrax*, Heft 4, 2015, pp. 318-320
- KINDLER, PETER, "Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut", in HANS JÜRGEN SONNENBERGER (HRSG.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts — Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 497-533
- , "Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht [Kaufleute, Juristische Personen und Gesellschaften]", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015
- KLINKE, ULRICH, "Europäisches Unternehmensrecht und EuGH — Die Rechtsprechung in den Jahren 1991-1992", *ZGR*, 1993, pp. 1-40
- KOCH, HARALD, "Internationale Prorogation im Statut einer Aktiengesellschaft?", *IPrax*, Heft 1, 1993, pp. 19-21
- KOHLER, CHRISTIAN, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", *IPrax*, 3., Nr. 6, 1983, pp. 265-272
- , "Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction «dans le commerce international» par l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction", *Dir. comm. int.*, 4.2, 1990, pp. 611-627

-
- , "Integration und Auslegung — Zur Doppelfunktion des Europäischen Gerichtshofes", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 11-28
- , "Abschied von der autonomen Auslegung des Begriffs "Zivil- und Handelssachen" in Art. 1 EuGVVO? (zu EuGH, 12.9.2013 — Rs. C-49/12 — The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs ./ Sunico ApS e. a.)", *IPrax*, Heft 1, 2015, pp. 52-56
- KOHLER, JOSEF, "Noch einmal über die processrechtlichen Verträge und Creationen", in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag (reimpr.: Scientia Verlag), Berlin (reimpr.: Aalen), 1894 (reimpr.: 1980), pp. 253-258
- , "Ueber processrechtliche Verträge und Creationen", in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag (reimpr.: Scientia Verlag), Berlin (reimpr.: Aalen), 1894 (reimpr.: 1980), pp. 127-238
- KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 6 — §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG*, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2004
- , "Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G", *GesRZ*, 2009, pp. 197-208
- KORT, MICHAEL, "§ 117", in KLAUS J. HOPT / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, 24. Lieferung (§§ 95-117), 4. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2005
- KÖTZ, HEIN, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012
- KRAAKMAN ET AL., REINIER H., *The Anatomy of Corporate Law — A Comparative and Functional Approach*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 2009
- KRAMER, XANDRA, "10. Examination as to Jurisdiction and Admissibility", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 313-319

-
- KRIEGER, GERD / SAILER, VIOLA, "§ 93", in KARSTEN SCHMIDT / MARCUS LUTTER (HRSG.), *Aktiengesetz - Kommentar*, I. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 1055-1083
- KROPHOLLER, JAN, *Europäisches Zivilprozeßrecht – Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europaischem Vollstreckungstitel*, 8. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2005
- KROPHOLLER, JAN / VON HEIN, JAN, *Europäisches Zivilprozessrecht — Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011
- LABAREDA, JOÃO, "Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) — apontamentos", in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 63-84
- LAGARDE, PAUL, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 196 (1986), 1987, pp. 9-238
- LAMY FILHO, ALFREDO, *Temas de S.A. — Exposições. Pareceres*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007
- LANDO, OLE, "Conflicts Lawyers I Have Read and Met", *RebelsZ*, 75, 2011, pp. 485-496
- LARENZ (BEGR.), KARL / WOLF (FORTF.), MANFRED / NEUNER, JÖRG, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., C.H. Beck, München, 2012
- LAW, PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL / NYGH, PETER / POCAR, FAUSTO, *Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 — 20 June 2011 — Interim Text*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000
- LAYTON, ALEXANDER / MERCER, HUGH, *European Civil Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2004
- LE CANNU, PAUL / DONDERO, BRUNO, *Droit des sociétés*, 4e. éd., Montchrestien, Paris, 2012

-
- LEHMANN, KARL, "Einzelrecht und Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft", *Archiv für bürgerliches Recht*, 1894, 1894, pp. 297-396
- , *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Zweiter Band, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1904
- LEHMANN, MATTHIAS, "Exclusive Jurisdiction under Art. 22(2) of the Brussels I Regulation: The ECJ Decision *Berliner Verkehrsbetriebe v JPMorgan Chase Bank* (C-144/10)", *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), 2012, pp. 507-522
- , "EuGH: Kein Anspruch aus Niederlassungsfreiheit auf konzernrechtliche Haftung ausländischer Muttergesellschaft", *LMK*, 2013, p. 352735
- , "4. Special Jurisdiction / VIII. Jurisdiction over Establishments (Art 7(5))", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 176-180
- , "8. Exclusive Jurisdiction", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 255-276
- LEIBLE, STEFAN, "§ 12 — Internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen ausländische Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz", in HERIBERT HIRTE / THOMAS BÜCKER (HRSG.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften — Ein Praxishandbuch*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Berlin, München, 2006
- , "Art 5 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011
- LEIPOLD, DIETER, "Zuständigkeitsvereinbarungen in Europa", in PETER GOTTWALD / REINHARD GREGER / HANNS PRÜTTING (HRSG.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa — Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Giesecking, Bielefeld, 2000, pp. 51-75
- , "Vor § 128 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3 (§§ 128-252), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005

-
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, "Anotação ao acórdão do Tribunal Federal suíço de 16 de outubro de 2012", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, 2014, pp. 259-288
- LENT (BEGR.), FRIEDRICH / JAUERNIG (FORTF.), OTHMAR / HESS, BURKHARD, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011
- LIMA, FERNANDO PIRES DE / VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado — Volume II*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986
- LINKE, HARTMUT, *Internationales Zivilprozeßrecht — Leitfaden für Verfahren mit Auslandsbezug*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001
- LINKE, HARTMUT / HAU, WOLFGANG, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015
- LIPSTEIN, KURT, "Trusts (Chapter 23)", in KURT LIPSTEIN (CHIEF ED.), *International Encyclopedia of Comparative Law — Volume III - Private International Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, pp. 1-42
- LOUREIRO, CATARINA TAVARES / EREIO, JOANA TORRES, "A relação de domínio ou de grupo como pressuposto de facto para a aplicação das normas do Código das Sociedades Comerciais — O âmbito espacial em particular", *Actualidad Jurídica Úria Menéndez*, n.º 30, 2011, pp. 46-61
- LOWENFELD, ANDREAS F., "Thoughts About a Multinational Judgments Convention: A Reaction to the Von Mehren Report", *Law & Contemp. Probs.*, vol. 57, 1994, pp. 289-303
- , *International litigation and arbitration : selected treaties, statutes, and rules*, 3rd, Thomson/West, St. Paul, Minn., 2005
- , *International litigation and arbitration*, 3rd ed., Thomson/West, St. Paul, Minn., 2006
- LUCENA, JOSÉ WALDECY, *Das Sociedades Anônimas — Comentários à Lei*, Volume II (arts. 121 a 188), Renovar, Rio de Janeiro, 2009
- LUPOI, MAURIZIO, "Riflessioni comparatistiche sui trusts", *Europa e diritto privato*, n.º 2, 1998, pp. 425-440

-
- LUPOI, MICHELE ANGELO, "Sull'opponibilità a un 'terzo' di una clausola di scelta del foro contenuta nell'atto istitutivo di un trust", *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2015, pp. 229-239
- LUTTER, MARCUS, "Vorb. § 53a AktG", in WOLFGANG ZÖLLNER (HRSG.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1 (§§ 1–75 AktG)*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988
- , "Die Treupflicht des Aktionärs — Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH", *ZHR*, vol. 153, 1989, pp. 446-471
- LÜTTRINGHAUS, JAN D., "Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht — Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse", *RabelsZ*, 77, 2013, pp. 31-68
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos de Leis)*, Almedina, Coimbra, 1970 (reimpr. 1998)
- , *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1995
- MAGNUS, ULRICH, "Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO", in NORMANN WITZLEB / REINHARD ELLGER / PETER MANKOWSKI / HANNO MERKT / OLIVER REMIEN (HRSG.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 785-802
- , "Art 25", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I bis Regulation*, 3rd ed., Sellier, München, 2015 (em curso de publicação; texto gentilmente cedido pelo Autor)
- MAGNUS, ULRICH / MANKOWSKI, PETER, "Brussels I on the Verge of Reform — A Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation", *ZVglRWiss*, 109., 2010, pp. 1-41
- MAIA, PEDRO, "Invalidade de deliberação social por vício de procedimento", *ROA*, 61., 2001, pp. 699-748
- , *Voto e corporate governance: um novo paradigma para a sociedade anónima*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009

-
- , "Deliberações dos Sócios", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 223-254
- , "Tipos de Sociedades Comerciais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 13-39
- MANCINI, PASQUALE STANISLAO, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", *Journal du Droit International (Clunet)*, 1, 1874, pp. 221-239, 284-304
- MANKOWSKI, PETER, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995
- , "EuGVÜ-Gerichtsstand für Gesellschafterhaftungsklage des Insolvenzverwalters", *NZI*, 2., 1999, pp. 56-58
- , "Ist eine vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen möglich?", *IPrax*, Heft 1, 2009, pp. 23-35
- , "Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland", *WM*, 65., 2011, pp. 1201-1210
- , "Art 22 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011
- , "Art 23 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011
- , "Art 67 Brüssel I-VO", in THOMAS RAUSCHER (HRSG.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht — EuZPR / EuIPR — Kommentar — Bearbeitung 2011 — Brüssel I-VO / LugÜbk 2007*, Sellier, München, 2011, pp. 932-934
- , "Art 5", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012

-
- , "Art 63", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012, pp. 820-827
- , "Art 66", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012, pp. 834-846
- , "Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen vor abredewidrigen Klagen durch Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F.", *RIW*, 2015, pp. 17-24
- , "EuGH: Gerichtsstandsvereinbarung durch "click wrapping"", *LMK*, 2015, p. 369738
- MARQUES, ELDA, "As recentes alterações ao regime das ações preferenciais — o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 219-246
- MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Acção declarativa à luz do Código revisto*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções — Sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC*, Almedina, Coimbra, 2006
- , "O «CIP» («Centro dos Interesses Principais») e as sociedades: um capítulo europeu", *DSR*, vol. 1, 2009, pp. 133-151
- , "Artigo 24.º — Direitos especiais", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010
- , "Artigo 223.º — Representante comum", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011
- , "Secção IV — Transmissão de acções", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2012
- , *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015
- MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Empreitada de obras públicas — O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2014

-
- MARTINY, DIETER, "Vor Art. 27 EGBGB", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1998
- , "Art. 1 Rom I-VO Anwendungsbereich", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015
- , "Art. 3 Rom I-VO Freie Rechtswahl", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015
- , "Vorbemerkung zu Art. 1 Rom I-VO: Grundlagen, Rom I-VO, EG-Vertragsrechts-Übereinkommen, Internationale Zuständigkeit, Schiedsgerichtsbarkeit", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2015
- MAUERHOFER, MARC ANDRÉ, "Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln", *GesKR*, 1, 2011, pp. 20-29
- MAYER, JÖRG, "§ 2 GmbHG", in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015
- MEDICUS, DIETER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, München et al., 2010
- MEEUSEN, JOHAN / PERTEGÁS, MARTA / STRAETMANS, GERT, "General Report", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 1-20
- MEILICKE, WIENAND/HEIDEL, THOMAS, "UMAG: 'Modernisierung' des Aktienrechts durch Beschränkung des Eigentumsschutzes der Aktionäre", *DB*, 2004, pp. 1479-1487
- MELO, ANTÓNIO MOREIRA BARBOSA DE, "A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público", in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 7-21
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil — I Volume*, Associação Académica (da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, 1987

-
- MENDONÇA, PIO COELHO DE, *Breve ensaio sobre uma construção de Ernst Frankenstein*, Coimbra Editora, Coimbra, 1949
- MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial — Sociétés commerciales*, 16e. éd. 2013, Dalloz, Paris, 2012
- MERRETT, LOUISE, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime", *ICLQ*, vol. 55, April 2006, 2006, pp. 315-336
- MERTENS, HANS-JOACHIM, "Die gesetzlichen Einschränkungen der Disposition über Ersatzansprüche der Gesellschaft durch Verzicht und Vergleich in der aktien- und konzernrechtlichen Organhaftung", in REINHARD GOERDELER / PETER HOMMELHOFF / MARCUS LUTTER / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988*, ZGR — Sonderheft 7, De Gruyter, Berlin, 1988, pp. 209-219
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1958
- MICHAELS, RALF, "Two Paradigms of Jurisdiction", *Mich. J. Int'l L.*, vol. 27 (2005-2006), 2006, pp. 1003-1069
- , "The Functional Method of Comparative Law", in MATHIAS REIMANN / REINHARD ZIMMERMANN (EDS.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, pp. 339-382
- MISTELIS, LOUKAS A., *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht — Zur Lehre einer parteispezifischen Qualifikation im Kollisionsrecht der privaten Wirtschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999
- MOCK, SEBASTIAN, "Die actio pro socio im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht", *RabelsZ*, 72, 2008, pp. 264-301
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1985 (reimpr.: 2003)
- , *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (reimpr.: 1999)
- , "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica n.º 61 / *Ad Honorem* n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1103-1131

-
- , *Contrato de Agência — Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004
- , "Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (ORG.), *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I — Congresso Empresas e Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 91-114
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO / MAIA, PEDRO, "Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 217-246
- MONTEIRO, JORGE SINDE, *Análise económica do direito*, BFD (separata do vol. LVII), Coimbra, 1981
- MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português — Volume Primeiro — Parte Geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907
- MORSE, ROBIN, "The Substantive Scope of Application of Brussels I and Rome I: Jurisdiction Clauses, Arbitration Clauses and ADR Agreements", in JOHAN MEEUSEN / MARTA PERTEGÁS / GERT STRAETMANS (EDS.), *Enforcement of International Contracts in the European Union — Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 191-209
- MÖSLEIN, FLORIAN, "Europäisierung der Haftungsbeschränkung", *NZG*, 2011, pp. 174-175
- MOTA, HELENA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado — Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- MUIR WATT, HORATIA, "Aspects économiques du droit international privé (Reflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)", *Recueil des Cours*, t. 307 (2004), 2005, pp. 25-384
- MÜLBERT, PETER O., "Vor §§ 118-147", in KLAUS J. HOPT / HERBERT WIEDEMANN (HRSG.), *AktG — Großkommentar*, 14. Lieferung, 4. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 1999

-
- , "Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile", *ZZP*, 118, 2005, pp. 313-357
- MUNHOZ, EDUARDO SECCHI, "A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem", in FLÁVIO LUIZ YARSELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (COORD.), *Processo Societário*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, pp. 77-99
- NEUHAUS, PAUL HEINRICH, "Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache", *RabelsZ*, 15, 1949-1950, pp. 364-381
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia jurídica — Problemas fundamentais*, *Studia Iuridica* 1, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- , "Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade", in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros — Volume 3.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 413-495
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Questão-de-facto—questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, Almedina, Coimbra, 1967
- NEVES, JOANA, "Os Efeitos da Insolvência na Arbitragem Internacional", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 537-563
- NIEDERLÄNDER, HUBERT, "Materielles Recht und Verfahrensrecht im Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 20, 1955, pp. 1-51
- NIELSEN, PETER ARNT, "Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 409-420
- , "The new Brussels I Regulation", *CML Rev.*, 50, 2013, pp. 503-528
- NISHITANI, YUKO, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht — Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 2000

-
- NORDMEIER, CARL FRIEDRICH, *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008
- , "Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)", in MARTIN GEBAUER / THOMAS WIEDMANN (HRSG.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl., Boorberg, Stuttgart, 2010, pp. 2207-2278
- , "Die Bedeutung des anwendbaren Rechts für die Rückwirkung der Zustellung nach § 167 ZPO — Zur Abgrenzung von deutschem Prozessrecht und ausländischem Sachrecht", *ZZP*, 124, 2011, pp. 95-121
- , "Verfahrenskoordination nach Art. 27 EuGVVO bei ausschließlichen Gerichtsständen — zugleich zur Reichweite des Art. 22 Nr. 1 EuGVVO (zu EuGH, 3.4.2014 — Rs. C-438/12 — Irmengard Weber ./ Mechthilde Weber)", *IPrax*, Heft 2, 2015, pp. 120-127
- NORDMEIER, CARL FRIEDRICH / SCHICHMANN, JULIA, "Die Sicherung der Belehrung vor rügeloser Einlassung gemäß Art. 26 Abs. 2 EuGVVO n. F.", *GPR*, N.º 4, 2015, pp. 199-206
- NUNES, PEDRO CAETANO, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012
- NUYTS, ARNAUD, "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. DIP*, 102 (1), 2013, pp. 1-63
- NYGH, PETER / POCAR, FAUSTO, *Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission [Prel. Doc. No. 11]*, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000
- OCHSENFELD, FRANK, "Zuständigkeitsvereinbarungen im amerikanischen Zivilprozeßrecht", *RIW*, 1995, pp. 633-641
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade — Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, Almedina, Coimbra, 2012
- , "Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais", *RDS*, IV, 2012, pp. 871-898

-
- , "Administração de facto: Do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial", in PAULO CÂMARA ET AL., *A Designação de Administradores*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 227-238
- OLIVEIRA, ELSA DIAS, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / PEREIRA, FREDERICO GONÇALVES / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE / PROENÇA, ANDRÉ / FRANCO, JOÃO SOARES / NEVES, JOANA / CARDOSO, ANTÓNIO DE MAGALHÃES / PINHEIRO, PAULO / BRANCO, SOFIA RIBEIRO / SILVA, ANA LICKFOLD NOVAES E / LUCAS, JOSÉ MIGUEL / SOUSA, PIEDADE CASTRO E, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014
- OLIVEIRA, RENATA FIALHO DE, *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014
- ORÓ MARTÍNEZ, CRÍSTIAN, "El alcance subjetivo de los acuerdos de elección de foro: el caso de las «cadenas de contratos» (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 7 de febrero de 2013, asunto C-543/10: Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros)", *La Ley — Unión Europea*, n.º 5, 2013, pp. 22-31
- OVERBECK, ALFRED E. VON, "La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLI, 1985, pp. 30-38
- PATRÃO, AFONSO, "Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal", *BFD*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 357-427
- PATZINA, REINHARD, "§ 19a ZPO", in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2000
- PEIFFER, EVGENIA, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum — Gültigkeit und Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung ökonomischer Aspekte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013

-
- PELTZER, MARTIN, "Das Zulassungsverfahren nach § 148 AktG wird von der Praxis nicht angenommen! Warum? Was nun?", in ULRICH BURGARD / WALTHER HADDING / PETER O. MÜLBERT / MICHAEL NIETSCH / REINHARD WELTER (HRSG.), *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, pp. 953-968
- PENTZ, ANDREAS, "§ 23 AktG", in WULFF GOETTE / MATHIAS HABERSACK (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 (§§ 1-75), 3. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2008
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, "A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)", in *Estudos de Direito do Consumidor n.º 8 (2006/2007)*, Centro de Direito do Consumo (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, 2008, pp. 275-290
- , "Intellectual Property, Jurisdiction and Applicable Law in Portugal: An Overview", *BFD*, vol. LXXXVI, 2010, pp. 149-207
- PEREIRA, GUILHERME SETOGUTI J., *Impugnação de Deliberações de Assembleia de S/A*, Quartier Latin, São Paulo, 2013
- PERTEGÁS, MARTA / TEITZ, LOUISE ELLEN, "Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 465-476
- PFEIFFER, THOMAS, "Die Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs", in WOLFGANG HAU / HUBERT SCHMIDT (HRSG.), *Facetten des Verfahrensrechts — Liber Amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007*, 2007, pp. 77-88
- PFUND, PETER H., "Federalism and U.S. Implementation of PIL Conventions — Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements", in THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 477-485
- PICHEL, PAULO, "O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia", *DSR*, vol. 11, 2014, pp. 225-259

-
- PIMENTA, ALBERTO, "A nova lei alemã das sociedades por acções [tradução e notas]", *BMJ*, n.ºs 175 (pp. 303-383), 176 (pp. 207-330), 177 (pp. 269-397), 1968
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa et al., 1991
- , *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003
- , *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005
- , "Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado", *O Direito*, 139.º, II, 2007, pp. 255-281
- , *Direito Internacional Privado — Volume II — Direito de Conflitos — Parte Especial*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009
- , "Art 22", in ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (EDS.), *Brussels I Regulation*, 2nd ed., Sellier, München, 2012, pp. 413-435
- , *Direito Internacional Privado — Volume III — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2012
- , *Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014
- PINTO, ALEXANDRE MOTA, "Apontamentos Sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades", *Temas de Integração*, n.os 17, 18, 2004, pp. 59-120, 141-156
- , "Artigo 243.º — Contrato de suprimento", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA, "Die Reform des nationalen Zivilprozeßrechts als Angleichung: Das Beispiel Portugal", in ERIK JAYME (HRSG.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa — EuGVÜ, Lugano-*

-
- Übereinkomen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa — Länderberichte — Modellvergleich — Erfahrungen. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 369-382
- PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- PLANCK, JULIUS WILHELM, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band — Allgemeiner Theil, Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung, Nördlingen, 1887
- POCAR, FAUSTO, "La protection de la partie faible en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 188 (1984), 1986, pp. 339-418
- , "Relatório explicativo — Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial assinada em Lugano, em 30 de Outubro de 2007", *JOCE*, 23.12.2009, C 319, 2009, pp. 1-56
- , "Some Remarks on the Relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", in FRANCO FERRARI / STEFAN LEIBLE (EDS.), *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 343-348
- , "On the Substantive Validity of Choice-of-Court Agreements under the EU Brussels I Regulation Recast", in PATRIK LINDSKOUG / ULF MAUNSBACH / GÖRAN MILLQVIST / PER SAMUELSSON / HANS-HEINRICH VOGEL (EDS.), *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget, Lund, 2013, pp. 471-476
- POHL, MIRIAM, "Die Neufassung der EuGVVO — im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPrax*, Heft 2, 2013, pp. 109-114
- POLAK, MAURICE V., "Case C-214/89, *Powell Duffryn PLC v. Wolfgang Petereit*, Judgment of 10 March 1992, not yet reported (Anotação)", *CML Rev.*, 30, 1993, pp. 406-419
- POLICY, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND, *Report on the Fourth Meeting of the Working Group on the Judgments Project (3-6 February 2015) and Preliminary Draft Text resulting from the Meeting [Prel. Doc. No. 7B]*, Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2015

-
- PORTALE, GIUSEPPE B., "Patti parasociali con « efficacia corporativa » nelle società di capitali", *Rivista delle società*, 60.º, 2015, pp. 1-14
- PRATA, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010
- QUADRI, ROLANDO, "Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici", in *Scritti Giuridici — II — Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1988 (primeiro publicado in *Studi in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1957), pp. 637-657
- QUEIROLO, ILARIA, "Prorogation of Jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation", in FAUSTO POCAR / ILARIA VIARENGO / FRANCESCA C. VILLATA (EDS.), *Recasting Brussels I*, Cedam, Milano, 2012, pp. 183-198
- RADICATI DI BROZOLO, LUCA G., "Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des lois d'application sémi-nécessaire?", *Rev. crit. DIP*, 2003, pp. 1-36
- , "Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", *Recueil des Cours*, t. 315 (2003), 2006, pp. 265-501
- RADTKE, ROLF C., "Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen nach portugiesischem Recht", *RIW*, 1984, pp. 270-282
- RAMMELOO, STEPHAN, "Jurisdiction Clauses in Transnational Company Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1., 1994, pp. 426-441
- RAMOS, MARIA ELISABETE, "Riscos de responsabilização dos administradores — Entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 69-106
- RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores — Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, Coimbra, 1990

-
- , "Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português", in *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 85-123
- , "L'Adhésion du Portugal aux Conventions Communautaires en Matière de Droit International Privé", in *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 143-170
- , *Direito Internacional Privado – Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos da disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000
- , "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado. Desenvolvimentos recentes", in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 431-467
- , "XVI.^a Sessão do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado", *BFD*, vol. LXXXII, 2006, pp. 903-923
- , "La transposition des directives communautaires en matière de protection du consommateur et le droit international privé portugais", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 223-240
- , "O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil", *RLJ*, Ano 143.^o, n.^o 3983, 2013, pp. 82-106
- , "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento *Bruxelas I* pelo Regulamento (UE) n.^o 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012", in MARIA JOÃO ANTUNES (ORG.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1269-1300
- RATHENAU, ALEXANDER, *Die Anwendung des EuGVÜ durch portugiesische Gerichte unter Berücksichtigung des autonomen internationalen Zivilverfahrensrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main et al., 2007
- RATKOVIĆ, TENA / ROTAR, DORA ZGRABLIĆ, "Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)", *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 245-268

-
- RAUSCHER, THOMAS / GUTKNECHT, UTA, "Teleologische Grenzen des Art. 21 EuGVÜ? (zu EuGH, 27.6.1991 — Rs. C-351/89 (Overseas Union Insurance Ltd. (OUI), Deutsche Rück UK (DR), Pine top Insurance Co. (PTI) / New Hampshire Insurance Company NHI))", *IPrax*, Heft 1, 1993, pp. 21-24
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 1990 (repr.: 2002)
- REDINHA, REGINA, "Deliberações sociais abusivas", *RDE*, Ano X/XI, 1984/1985, pp. 193-226
- REGO, MARGARIDA LIMA, "O contrato de sociedade como documento", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 481-506
- REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil anotado — Volume II — Artigos 409.º a 486.º*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1949
- REQUEJO ISIDRO, MARTA, "On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR (zu EGMR, 25.2.2014 — nº 17502/07 — Avotiņš ./Latvia)", *IPrax*, Heft 1, 2015, pp. 69-74
- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O Problema do Contrato — As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Almedina, Coimbra, 2009
- , "A função da acção social 'ut singuli' e a sua subsidiariedade", *DSR*, vol. 6, 2011, pp. 155-188
- , "Responsabilidade dos sócios pelo voto", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 507-556
- , "Responsabilidades nas relações de domínio", in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 425-465
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA / DIAS, RUI PEREIRA, "Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro, para responsabilização de sócios portugueses — Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.6.2014, Proc. 93/13", *Cadernos de Direito Privado*, N.º 49, 2015, pp. 45-65

-
- RIGAUX, FRANÇOIS, "Le pluralisme en droit international privé", in MIGUEL PÉREZ GONZÁLEZ / LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRIGUEZ / JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS / ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA / VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA / GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS (ORG.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en homenaje al Professor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1419-1436
- ROCHA, MARIA VICTÓRIA FERREIRA DA, "Competência internacional e autonomia privada: Pactos privativos e atributivos de jurisdição no direito português e na Convenção de Bruxelas de 27-9-1968", *RDE*, Ano XIII, 1987, pp. 161-234
- RODRIGUES, ANA MARIA, "Prestação de contas e o regime especial de invalidade das deliberações previstas no art. 69.º do CSC", in *Miscelâneas, IDET, n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 95-183
- RODRIGUES, ANA MARIA / DIAS, RUI PEREIRA, "Artigo 69.º - Regime especial de invalidade das deliberações", in JORGE M. COUTINHO DE ABREU (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 810-820
- RODRIGUES, SANDRA MARTINHO, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin (Uma Abordagem)*, Almedina, Coimbra, 2005
- ROGERSON, PIPPA, "17. II. Relationship with other EU Instruments (Art 67)", in ANDREW DICKINSON / EVA LEIN (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 564-565
- ROSENBERG, LEO / SCHWAB, KARL HEINZ / GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1993
- ROTH, GÜNTHER H. / KINDLER, PETER, *The Spirit of Corporate Law — Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, Verlag C. H. Beck / Hart / Nomos, München / Oxford / Baden-Baden, 2013
- ROTH, HERBERT, "§ 17 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 (Einleitung — §§ 1-40), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 408-416
- , "§ 19a ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 (Einleitung — §§ 1-40), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 430-432

-
- RÜHL, GIESELA, *Statut und Effizienz — Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- SÁ, ALMENO DE, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.^a ed. (reimpr.: 2005), Almedina, Coimbra, 2001
- SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Abuso do direito*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1973
- SAMTLEBEN, JÜRGEN, "Der Art. 23 EuGVO als einheitlicher Maßstab für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", in SABIH ARKAN / AYNUR YONGALIK (EDS.), *Festschrift Tuğrul Ansay — Zum 75. Geburtstag*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 343-362
- SÁNCHEZ LINDE, MARIO, *El Principio de Mayoría en la Adopción de Acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Navarra, 2009
- SANCHO VILLA, DIANA, "Jurisdiction Over Jurisdiction and Choice of Court Agreements: Views On The Hague Convention of 2005 And Implications For The European Regime", *Yearbook of Private International Law*, Volume 12 (2010), 2011, pp. 399-418
- SANTO, JOÃO ESPÍRITO, "O sistema «societário» norte-americano", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 153-181
- SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, *Direito Internacional Privado — Sumários*, AAFDL, Lisboa, 1987
- , *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 1991
- , "Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional — II*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 307-366
- , *Direito Internacional Privado — Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, Almedina, Coimbra, 1999
- , *Direito Internacional Privado — Introdução — I Volume*, AAFDL, Lisboa, 2001

-
- SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço — o direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, Studia Iuridica n.º 16, Coimbra Editora, Coimbra, 1996
- , *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística — Contrato de Sociedade, Estrutura Societária e Participação do Sócio nas Sociedades Capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- SANTOS, MÁRIO LEITE, *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Veit, Berlin, 1840
- , *System des heutigen Römischen Rechts*, Band VIII, Veit, Berlin, 1849
- SCHACK, HAIMO, "Subrogation und Prozeßstandschaft, Ermittlung ausländischen Rechts im einstweiligen Verfügungsverfahren", *IPrax*, Heft 3, 1995, pp. 158-161
- , *Internationales Zivilverfahrensrecht — Ein Studienbuch*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014
- , "Wiedergänger der Haager Konferenz für IPR: Neue Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen?", *ZEuP*, 2014, pp. 824-842
- SCHÄFER, CARSTEN, "Vom Einstimmigkeitsprinzip zum treupflichtgetragenen Mehrheitsentscheid im Personengesellschaftsrecht", *ZGR*, 2013, pp. 237-272
- SCHUEERLE, WILHELM A., "Das Wesen des Wesens — Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen", *AcP*, 163., 1963, pp. 429-471
- SCHIEDERMAIR, GERHARD, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1935
- SCHIEMANN, GOTTFRIED, "C. Das Rechtsgeschäft", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen — Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier — de Gruyter, Berlin, 2014

-
- SCHILLIG, MICHAEL, "Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit", *IPrax*, 2005, pp. 208-218
- SCHLOSSER, PETER, "Auslegung des Begriffs 'Zivil- und Handelssachen' — EuGH, Urteil vom 14.10.1976 - Rs 29/76", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 11, 1977, pp. 457 ss.
- , "Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (Signed at Luxemburg, 9 October 1978)", *JOCE*, 5.3.79, C 59, 1979, pp. 71-151
- , *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1989
- , "§ 1066 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 9 (§§ 916-1068 - EG ZPO), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 792-799
- , "Anhang § 1061 ZPO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 9 (§§ 916-1068 - EG ZPO), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 610-778
- , "Materiell-rechtliche Wirkungen von (nationalen und internationalen) Gerichtsstandsvereinbarungen?", in WOLFGANG HAU / HUBERT SCHMIDT (HRSG.), *Facetten des Verfahrensrechts — Liber Amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007*, 2007, pp. 111-123
- SCHMIDT, JESSICA, "Die EuGH-Entscheidung "Impacto Azul" — Der Impakt der Niederlassungsfreiheit auf das nationale Konzernrecht", *GPR*, N.º 1, 2014, pp. 40-42
- SCHMIDT, JOHANNES, *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht — Eine Analyse der Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ und der EuGVVO*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015
- SCHMIDT, KARSTEN, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002

-
- , "Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften — Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem "Otto"-Urteil des Bundesgerichtshofs", *ZGR*, 2008, pp. 1-33
- SCHMOLKE, KLAUS ULRICH, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht — Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014
- SCHÖN, WOLFGANG, "Der "Rechtsmissbrauch" im Europäischen Gesellschaftsrecht", in ROLF WANK / HERIBERT HIRTE / KASPAR FREY / HOLGER FLEISCHER / GREGOR THÜSING (HRSG.), *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, pp. 1271-1295
- SCHÜTZE, ROLF A., "Zum Stand des deutsch-amerikanischen Justizkonfliktes", *RIW*, 2004, pp. 162-167
- SCHWAB, KARL HEINZ / WALTER, GERHARD, *Schiedsgerichtsbarkeit – Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*, C. H. Beck, Helbing & Lichtenhahn, München, Basel, 2005
- SCHWAB, MARTIN, "§ 241 AktG", in KARSTEN SCHMIDT / MARCUS LUTTER (HRSG.), *Aktiengesetz - Kommentar*, II. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008
- SERENS, MANUEL NOGUEIRA, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997
- , *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Almedina, Coimbra, 2007
- , "Direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital – Apontamento sobre o modo do seu exercício", *DSR*, vol. 1, 2009, pp. 153-163
- SERRA, ADRIANO VAZ, "Anotação ao Acórdão do STJ de 17 de Junho de 1969", *RLJ*, Ano 103.º, n.º 3434, 1970-1971, pp. 458-463
- SERRA, CATARINA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito — O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

-
- , "Concurso sem concurso? (A falência com um único credor)", in JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 727-739
- , "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português", *DSR*, vol. 10, 2013, pp. 97-143
- , "Revitalização — A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE", in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 85-106
- , "'Abrindo' o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça — Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do direito português", in JOÃO REIS / LEAL AMADO / LIBERAL FERNANDES / REGINA REDINHA (COORD.), *Para Jorge Leite — Escritos Jurídicos*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 729-742
- , "Mais umas 'pinceladas' na legislação pré-insolvencial — Uma avaliação geral das alterações do DL n.º 25/2015, de 6 de Fevereiro, ao PER e ao SIREVE (e à luz do Direito da União Europeia)", *DSR*, vol. 13, 2015, pp. 43-68
- SIEBERT, RALF, *Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses*, Köln, 1973
- SIEHR, KURT, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", in PETER FORSTMOSER / HANS GIGER / ANTON HEINI / WALTER R. SCHLUEP (HRSG.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, pp. 485-510
- SIEMS, MATHIAS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014
- SILBERMAN, LINDA J., "Reflections on *Burnham v. Superior Court*: Toward Presumptive Rules of Jurisdiction and Implications for Choice of Law", *Rutgers L.J.*, vol. 22, 1990-1991, pp. 569-595
- , "*Goodyear and Nicastro*: Observations from a Transnational and Comparative Perspective", *South Carolina Law Review*, vol. 63, 2012, pp. 591-615
- , "Jurisdictional Imputation in *Daimler Chrysler AG v. Bauman*: A Bridge Too Far", *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, 2013, pp. 123-134

-
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002 (reimpr.: 2007)
- , "'Corporate Governance' — Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão", *RLJ*, Ano 136.º, n.º 3940, 2006, pp. 31-59
- SILVA, JOÃO PAULO HECKLER DA, *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2014
- SILVA, PAULA COSTA E, "A longa *vacatio legis* da Convenção de Bruxelas — Anotação aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 1997 e de 5 de Novembro de 1998", *ROA*, 58., 1998, pp. 1233-1246
- , *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- SIMOTTA, DAPHNE-ARIANE, "Art. 23", in HANS W. FASCHING / ANDREAS KONECNY (HRSG.), *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, 5. Band, 1. Teilband, Manz, Wien, 2008
- , "Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der neuen EuGVVO", *Int. J. Proced. L.*, 3., 2013, pp. 58-79
- SOARES, MARIA ÂNGELA COELHO BENTO, "Aumento do Capital", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), pp. 237-255
- , "A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, n.os 15-16, 2003, pp. 283-321
- , "O acórdão Inspire Art Ltd.: novo incentivo à mobilidade das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, N.º 17, 2004, pp. 123-159
- , "A sociedade anónima europeia: sociedade de direito comunitário?", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (ORG.), *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I — Congresso Empresas e Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 707-783
- SONNENBERGER, HANS JÜRGEN / BAUER, FRANK, "Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrecht auf europäischer/deutscher Ebene", in HANS JÜRGEN SONNENBERGER (HRSG.),

Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts — Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 3-64

SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999

—, "Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio", in Jean Monnet Working Paper 07/09, NYU School of Law, New York, 2009

—, *A Europeização do Direito Internacional Privado — Os Novos Rumos na Regulamentação das Situações Privadas Transnacionais na UE*, Tese de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012

SOUSA, JOSÉ EDUARDO TAVARES DE, "A Convenção de Bruxelas de 1968 e a Convenção paralela de Lugano de 1988 na jurisprudência portuguesa (1993-1997)", in ERIK JAYME (HRSG.), *Das Recht der lusophonen Länder — Tagungsreferate, Rechtsprechung, Gutachten*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 29-47

—, *Apontamentos disponibilizados aos alunos de Direito Processual Civil, 2007/2008*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2007

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex, Lisboa, 1993

—, "Âmbito de Aplicação do Regulamento N.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I)", in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS ET AL. (ORG.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 675-691

—, "Der Anwendungsbereich von Art. 2 Nr. 1 S. 2 EuGVVO", *IPrax*, 2003, pp. 320-323

—, "A aplicação de um pacto de jurisdição a litígios emergentes da cessação da relação contratual — Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2008 de 28.2.2008, Proc. 1321/07", *Cadernos de Direito Privado*, N.º 27, 2009, pp. 19-34

-
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE / VICENTE, DÁRIO MOURA, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lex, Lisboa, 1994
- SPINDLER, GERALD, "§ 93 AktG", in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2 (§§ 76-117), 4. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2014
- STEIN, URSULA, "§ 179 AktG", in WULFF GOETTE / MATHIAS HABERSACK (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4 (§§ 179-277), 3. Aufl., Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2011
- STOSCH, FELIX GRAF VON, *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht — de lege lata — de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000
- STRUYCKEN, ANTON V. M., "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement. General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 311 (2004), 2009, pp. 9-552
- TAKAHASHI, KOJI, "Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement", *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008), 2009, pp. 57-91
- TEBBENS, HARRY DUINTJER, "International Law in Aid of Imperfect Community Law — The Case of Civil Justice Cooperation with Denmark", in TORSTEIN FRANTZEN / JOHAN GIERTSEN / GIUDITTA CORDERO MOSS (REDAKTØRER), *Rett og toleranse — Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal, Oslo, 2007, pp. 453-463
- TEICHMANN, CHRISTOPH, "Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit — Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (Impacto Azul)", *ZGR*, 2014, pp. 45-75
- THIELE, ALEXANDER, *Europäisches Prozessrecht — Verfahrensrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014
- THOLE, CHRISTOPH, "Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht — Zur Problematik der sog. Zuständigkeitserschleichung", *ZZP*, 122, Heft 4, 2009, pp. 423-447

-
- THOMALE, CHRIS, "Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm — Höchststrichterliche Fortbildung des internationalen Gesellschaftsrechts anhand von Art. 22 Nr. 2 EuGVO", *ZGR*, 2011, pp. 1290-1294
- , "Brüssel I und die EU-Osterweiterung — Zum raumzeitlichen Anwendungsbereich der EuGVVO (zu EuGH, 21.6.2012 — Rs. C-514/10 — Wolf Naturprodukte GmbH ./ SEWAR spol. sr.o.)", *IPrax*, Heft 3, 2014, pp. 239-242
- TIEFENTHALER, STEFAN, "Art 22", in DIETMAR CZERNICH / STEFAN TIEFENTHALER / GEORG E. KODEK, *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht — EuGVVO, Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen ("Brüssel IIa-VO") — Kurzkomentar*, 3. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, 2009, pp. 141-157
- , "Art 23", in DIETMAR CZERNICH / STEFAN TIEFENTHALER / GEORG E. KODEK, *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht — EuGVVO, Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen ("Brüssel IIa-VO") — Kurzkomentar*, 3. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, 2009, pp. 158-184
- TINA, ANDREA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008
- TREITEL, GUENTER H. / PEEL, EDWIN, *The law of contract*, 18th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011
- TRIGO, MARIA DA GRAÇA, "Acordos Parassociais — Síntese das questões jurídicas mais relevantes", in *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, IDET, Coimbra, 2002 (reimpr. 2003), pp. 169-184
- TRIUNFANTE, ARMANDO, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas — Direitos de Minoria Qualificada — Abuso de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- , *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas — Direitos Individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- , *Código das Sociedades Comerciais – Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- USUNIER, LAURENCE, "Le règlement Bruxelles I bis et la théorie de l'abus de droit", in EMMANUEL GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 449-480

-
- VALE, LUÍS MENESES DO, *Metodologia do Direito — Guião das aulas práticas*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010
- VAN LITH, HÉLÈNE, *International Jurisdiction and Commercial Litigation — Uniform Rules for Contract Disputes*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009
- VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das obrigações em geral — Vol. I*, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000
- VARELA, JOÃO ANTUNES / NORA, SAMPAIO E / BEZERRA, J. MIGUEL, *Manual de processo civil*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006
- , "Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais", *DSR*, vol. 2, 2009, pp. 41-79
- , *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009
- VAZ, TERESA ANSELMO, *Contencioso Societário*, Livraria Petrony, Lisboa, 2006
- VEDER, PAUL MICHAEL, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights — A comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Kluwer Legal Publishers, Deventer, 2004
- VENTURA, RAÚL, *Alterações do Contrato de Sociedade — Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1986
- , "Convenção de arbitragem", *ROA*, 46., 1986, pp. 289-413
- , *Sociedades por Quotas — Vol. I — Artigos 197.º a 239.º*, Almedina, Coimbra, 1987
- , *Sociedades por Quotas — Vol. III — Artigos 252.º a 264.º*, Almedina, Coimbra, 1991
- , *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Almedina, Coimbra, 1994 (reimpr.: 2003)

VENTURA, RAÚL / CORREIA, LUÍS BRITO, "Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas — Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português — Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969", *BMJ*, n.ºs 192 (pp. 5 ss.) a 195 (pp. 21 ss.), 1970

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da Arbitragem Comercial Internacional — Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990

—, "Da aplicação no tempo e no espaço das Convenções de Bruxelas de 1968 e de Lugano de 1988 (Anotação de jurisprudência)", *RFDUL*, XXXV, N.º 2, 1994, pp. 461-485

—, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001

—, "A competência internacional no Código de Processo Civil revisto: aspectos gerais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 243-266

—, "Competência judiciária e reconhecimento de decisões estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 291-324

—, "A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e a arbitragem", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 371-391

—, "A formação dos contratos internacionais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. II*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 117-138

—, "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", in LUÍS DE LIMA PINHEIRO JORGE MIRANDA, DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos — Volume I*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 135-160

—, "Insolvência internacional: Direito aplicável", *O Direito*, 138.º, IV, 2006, pp. 793-815

-
- , "Direito de Autor e comércio electrónico: aspectos internacionais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 147-166
- , "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 91-115
- , "Liberdades Económicas e Direito Internacional Privado", in *Direito Internacional Privado — Ensaios — Vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 7-86
- , *Direito Comparado*, Volume I, 3.^a, Almedina, Coimbra, 2014
- , "Artigo 5.º — Efeito negativo da convenção de arbitragem", in DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 28-30
- , "Artigo 51.º — Validade substancial da convenção de arbitragem", in DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 134
- VILLATA, FRANCESCA C., *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Cedam, Milano, 2012
- VILLELA, ÁLVARO MACHADO, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado — Livro I — Princípios Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921
- VIO, DANIEL DE AVILA, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2a. ed., Thomson Civitas / Aranzadi, Navarra, 2007
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL / SCHMIT, ETIENNE, "Report on the Convention on Insolvency Proceedings", Documento do Conselho da União Europeia n.º 6500/96 (Bruxelas, 3.5.1996), não oficial, 1996, pp. 1-184

-
- VISCHER, FRANK, "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, t. 232 (1992), 1993, pp. 9-256
- VOGELER, ANDREAS, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013
- VOIGT, HANS-CHRISTOPH, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, Verlag C. H. Beck, München, 2004
- VOLKEN, PAUL, "Art. 5", in GIRSBERGER ET AL. (HRSG.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2004, pp. 65-85
- VOLLKOMMER, MAX, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit — Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform — Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973
- VON HEIN, JAN, "Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung", *RIW*, 2013, pp. 97-111
- VON HOFFMANN, BERND / THORN, KARSTEN, *Internationales Privatrecht — einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2007
- VON MEHREN, ARTHUR TAYLOR, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?", *Law & Contemp. Probs.*, vol. 57, 1994, pp. 271-287
- , "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil-Law Systems", *Recueil des Cours*, t. 295 (2002), 2003, pp. 9-431
- VON MEHREN, ARTHUR TAYLOR / TRAUTMAN, DONALD T., "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", *Harv. L. Rev.*, vol. 79, 1966, pp. 1121-1179
- VRELLIS, SPYRIDON, "« Abus » et « fraude » dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 633-646

-
- WAGNER, GERHARD, *Prozeßverträge - Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998
- , "Art. 23 EuGVVO", in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 10 (EuGVVO, GVG), 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- WAIS, HANNES, "Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses im Sinne von Art. 23 Abs. 1 EuGVVO a.F. sowie internationale Zuständigkeit bei Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot (zu OLG Bamberg, 24.4.2013 — 3 U 198/12)", *IPrax*, Heft 2, 2015, pp. 127-129
- WARDE JR., WALFRIDO JORGE / CASTRO, RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE, *Regime especial da sociedade anônima simplificada*, Saraiva, São Paulo, 2013
- WEBER, JOHANNES, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht – Die internationale Zuständigkeit bei Klagen gegen Gesellschafter und Gesellschaftsorgane vor und in der Insolvenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- WEBER, MAX, "Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1922 (primeiramente publicado em 1904), pp. 146-214
- WEINTRAUB, RUSSELL J., "How Substantial is Our Need for a Judgments-Recognition Convention and What Should We Bargain Away to Get it?", *Brook. J. Int'l L.*, vol. 24, 1998, pp. 167-220
- , *International litigation and arbitration - Practice and planning*, 6th ed., Carolina Academic Press, Durham, N.C., 2011
- WELLER, MARC-PHILIPPE, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung — Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach «Überseering» und «Inspire Art»*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2004
- , *Die Vertragstreue — Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009
- , "Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen nach der Brüssels I-VO (zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 12.7.2011, II ZR 28/10, NZG 2011, 1114)", *ZGR*, 2012, pp. 606-630

-
- , "Die lex personalis im 21. Jahrhundert: Paradigmenwechsel von der lex patriae zur lex fori", in KATHARINA HILBIG-LUGANI / DOMINIQUE JAKOB / GERALD MÄSCH / PHILLIP M. REUB / CHRISTOPH SCHMID (HRSG.), *Zwischenbilanz — Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2015, pp. 897-912
- , "Einleitung — I. Internationales Gesellschaftsrecht", in *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung — GmbHG*, Band 1, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 2015
- WELLER, MARC-PHILIPPE / BAUER, JOHANNA, "Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae", *ZEuP*, 2015, pp. 6-31
- WELLER, MARC-PHILIPPE / SCHULZ, ALIX, "Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften", *IPrax*, Heft 4, 2014, pp. 336-340
- WENGER, EKKEHARD, "Der Fall Girmes — ein Stück aus dem Tollhaus", *ZIP*, 14., Heft 5, 1993, pp. 321-332
- WERTENBRUCH, JOHANNES, "Quorumsabänderung und zweistufige Beschlusskontrolle ohne Bestimmtheitsgrundsatz", *NZG*, 2013, pp. 641-646
- WICKE, HARTMUT, "§ 3 GmbHG", in HOLGER FLEISCHER / WULF GOETTE (HRSG.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1-34), 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015
- WIEDEMANN, HERBERT, "Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften", in WOLFGANG HEFERMEHL / RUDOLF GMÜR / HANS BROX (HRSG.), *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1974, pp. 585-601
- , "Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen", *DNotZ*, Sonderheft 1977: «75 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift», 1977, pp. 99-111
- , *Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrecht – Band I – Grundlagen*, C. H. Beck, München, 1980
- , "Reflexionen zur Durchgriffshaftung – Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 – KBV", *ZGR*, n.º 2, 2003, pp. 283-297

-
- , "Mehrheitsbeschlüsse und Gesellschafterschutz in Personengesellschaften", in STEFAN GRUNDMANN ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 — Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2010, pp. 1491-1503
- WURMNEST, WOLFGANG, "EuGVVO: Gerichtsstandsvereinbarung bei Einbeziehung von AGB durch "click wrapping"", *EuZW*, 2015, pp. 565-568
- XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1975 (reimpr.: 1998)
- YARSHELL, FLÁVIO LUIZ, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, Marcial Pons, São Paulo, 2014
- , "Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?", in ANTONIO DO PASSO CABRAL / PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (COORDS.), *Negócios processuais*, Editora JusPODIVM, Salvador, 2015, pp. 63-80
- YARSHELL, FLÁVIO LUIZ / PEREIRA, GUILHERME SETOGUTI J., "Apresentação", in FLÁVIO LUIZ YARSHELL / GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA (COORD.), *Processo Societário*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, pp. 21-24
- ZÖLLNER, WOLFGANG, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, C. H. Beck, München, Berlin, 1963
- ZWEIGERT, KONRAD / KÖTZ, HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung — auf dem Gebiete des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996

ÍNDICE

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	11
PLANO DA OBRA.....	15
MODO DE CITAR.....	19
ABREVIATURAS.....	23
INTRODUÇÃO.....	29
1. A atividade societária internacional e sua regulamentação jurídica.....	29
2. Delimitação do objeto do trabalho e colocação do problema.....	32
CAPÍTULO I — Questionamentos societários e jurisdicionais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: o acórdão «Powell Duffryn» como ponto de partida.....	41
1. Introdução.....	41
2. O acórdão «Powell Duffryn»: factos e decisão. Apreciação preliminar.....	43
3. A posição crítica de alguma doutrina.....	52
4. O assumido desinteresse pela problemática jurídico-societária envolvida.....	56
5. Um exemplo na jurisprudência de tribunais nacionais: o acórdão do «Landgericht» de Munique de 13 de abril de 2006.....	59
6. Indicação de sequência.....	69

CAPÍTULO II — Natureza jurídica do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia 73

1. Razão de ordem	73
2. Alemanha.....	75
2.1. O «contrato jurídico-material sobre relações processuais» na jurisprudência do BGH 75	
2.2. Os contratos processuais «dispositivos» e «vinculativos»: a doutrina tradicional.....	80
2.3. A crítica de WAGNER e a sua teoria dos contratos processuais	86
3. Para lá da Europa continental: o papel do «consentimento» ou «vontade» («consent»), em «Common Law» e na União Europeia, na obra de Adrian BRIGGS....	99
3.1. O papel geral da manifestação de vontade das partes («consent»).....	99
3.2. A natureza jurídica dos «agreements on jurisdiction».....	106
3.3. Em particular, as convenções jurisdicionais à luz de Bruxelas I.....	110
4. Crítica. A antecedência lógico-normativa da autonomia privada, atuada nas convenções jurisdicionais, em relação à «ordenação legal de competências»	121
4.1. Ponto de partida para a crítica	121
4.2. Os contributos de MANCINI, JAYME e BASEDOW.....	122
4.3. O justificado paralelismo entre «electio iuris» e «electio iudicis», sobre o pano de fundo da autonomia privada.....	137
4.4. Consequências para a crítica fundamental a outras concepções.....	142
4.5. Síntese conclusiva e indicação de sequência	148

CAPÍTULO III — Requisitos gerais (independentes do contexto societário) de admissibilidade, validade e eficácia do pacto de jurisdição à luz de Bruxelas Ia 157

1. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia.....	157
1.1. Introdução, enquadramento e história normativa	157
1.2. Âmbito territorial de aplicação	170
1.3. Âmbito temporal de aplicação	172
1.4. Âmbito material de aplicação	177
1.4.1. A insolvência.....	182
1.4.2. A arbitragem.....	193
1.4.2.1. O considerando n.º 12.....	195
1.4.2.2. Reações à demanda «torpedeante»: a (não) regulação da «litispendência judicial- arbitral».....	201
1.5. A internacionalidade.....	207
1.6. Relação com outras fontes: em particular, a Convenção da Haia de 2005.....	215
1.6.1. Antes da Convenção da Haia de 2005: o malogro do projeto inicial.....	216
1.6.2. A Convenção da Haia de 2005	226

1.6.3. Depois da Convenção da Haia de 2005? O novo fôlego do «Judgments Project» (breve notícia)	235
2. Pressupostos de aplicabilidade do artigo 25.º de Bruxelas Ia (cont.): os limites «externos» da vinculação ao pacto de jurisdição (ou a sua «admissibilidade»).....	237
2.1. Suficiente determinação da relação jurídica e do tribunal escolhido (Art. 25.º, n.º 1)..	237
2.2. Regras jurisdicionais protetoras e competências internacionais exclusivas (art. 25.º, n.º 4); remissão (art. 24.º, n.º 2)	240
2.3. Controlo do exercício abusivo?	247
2.3.1. Os dados essenciais do problema.....	247
2.3.2. Controlo de cláusulas contratuais gerais abusivas?	248
3. Os limites «internos» da vinculação ao pacto de jurisdição	253
3.1. Razão de ordem	253
3.2. Prolegómenos: o acordo ou consentimento como ponto de partida fundamental	254
3.3. A forma.....	255
3.3.1. Introdução	255
3.3.2. Por escrito	258
3.3.2.1. Em geral	258
3.3.2.2. Remissão para cláusulas contratuais gerais.....	259
3.3.3. Verbalmente com confirmação escrita	262
3.3.4. Usos estabelecidos entre as partes	268
3.3.5. Usos do comércio internacional.....	269
3.3.6. Comunicação por via eletrónica	270
3.4. A substância.....	272
3.4.1. Introdução	272
3.4.2. Razão de ordem; remissão	274
4. Os casos particulares: a extensão da vinculação da cláusula, para lá de um estrito consentimento	275
4.1. Ponto de partida: vinculação (apenas) das partes; a posição dos sucessores na relação jurídica.....	275
4.2. Conhecimentos de carga.....	278
4.3. Seguros	279
4.4. «Trusts»	280
4.5. «Cadeias de contratos».....	284
4.6. Estatutos de sociedades	290
4.6.1. «Powell Duffryn» (remissão).....	290
4.6.2. Razão de ordem: a necessidade de uma articulação entre os planos societário e jurisdicional para o prosseguimento da indagação	290

CAPÍTULO IV — Pactos de jurisdição «societários» à luz de Bruxelas Ia..... 293

1. Primeiro diálogo com tentativas de articulação entre os elementos societários e jurisdicionais.....	293
1.1. MÜLBERT.....	293
1.2. WEBER.....	323
2. A lei aplicável ao pacto de jurisdição societário.....	338
2.1. Indicação de sequência.....	338
2.2. A situação antes de Bruxelas Ia.....	339
2.3. O artigo 25.º, n.º 5, de Bruxelas Ia: a autonomia ou separabilidade.....	342
2.4. A nova regra de conflitos do artigo 25.º, n.º 1, de Bruxelas Ia: sentido e alcance do reconhecimento de competência legislativa à «lex fori prorogati».....	343
2.4.1. Conceito-quadro: «validade substancial».....	343
2.4.2. Elemento de conexão: «lex fori prorogati» e referência global.....	346
2.4.3. A relação com o artigo 31.º, n.º 2, de Bruxelas Ia.....	355
2.4.4. Consequências da nova regra de litispendência (artigo 31.º, n.º 2) para a posição relativa das partes no putativo pacto de jurisdição: uma possível correção.....	363
2.4.5. Voltando ao conceito-quadro: a particularidade dos estatutos sociais. Indicação de sequência.....	368
3. Os estatutos sociais.....	370
3.1. «Powell Duffryn», o princípio maioritário e a natureza das cláusulas ou regras estatutárias.....	370
3.2. Princípio maioritário.....	376
3.3. Natureza jurídica das cláusulas ou regras estatutárias.....	381
3.4. Indicação de sequência.....	386
4. Limitações societárias à vinculação jurisdicional: as «ilhas de contratualidade»... 387	
4.1. Cláusulas estatutárias «materiais» e «formais», direitos «corporativos» e «extracorporativos», «socialidade» e «contratualidade».....	387
4.2. Direitos especiais «materiais»: o alcance de «Powell Duffryn».....	395
4.3. Direitos especiais «jurisdicionais»: a admissibilidade de um direito especial à demanda em determinado foro.....	402
4.4. Cláusulas «assimétricas» ou «unidirecionais» e «corporate control of forum clauses».....	409
4.5. Razão de ordem: dos «limites externos» aos «limites internos» ao poder da maioria.....	417
5. O controlo do exercício abusivo.....	419
5.1. Colocação do problema.....	419
5.2. Proibição jurídico-europeia do abuso no plano societário.....	424
5.2.1. Mobilidade das sociedades.....	424
5.2.2. Competência da assembleia geral para aumentos de capital.....	427
5.2.3. Abuso e desconsideração da personalidade jurídica.....	432

5.3. Concretizações da proibição do abuso da personalidade jurídica societária na fixação de competências jurisdicionais.....	451
5.3.1. Competência especial da «sucursal-agência-estabelecimento» (artigo 7.º, n.º 5, de Bruxelas Ia).....	451
5.3.2. Competência por «conexão» (artigo 8.º de Bruxelas Ia)	457
5.4. Proibição jurídico-europeia do abuso no plano jurisdicional.....	462
5.5. «Limites internos» como instrumentos de controlo do exercício abusivo: deliberações inválidas.....	467
5.6. «Limites internos» como instrumentos de controlo do exercício abusivo (cont.): dever de lealdade.....	478
6. Competência internacional exclusiva da sede social (artigo 24.º, n.º 2, de Bruxelas Ia).....	486
6.1. Introdução e fundamentos do preceito	486
6.2. Âmbito de aplicação	489
6.3. Noção de «sede» relevante	496
7. Indemnização por incumprimento do pacto de jurisdição societário?.....	504
8. Indicação de sequência	513

CAPÍTULO V — Convenções relativas à ação social de responsabilidade 517

1. Introdução	517
2. História legislativa do artigo 74.º do CSC.....	519
2.1. O n.º 1 do artigo 74.º do CSC.....	519
2.2. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 74.º do CSC	522
3. O alcance da proibição de cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC)	527
4. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade (artigo 74.º, n.º 1, 2.ª e 3.ª partes, do CSC).....	540
4.1. Os termos da proibição de cláusulas de «parecer» e de «prévia decisão judicial»	540
4.2. Teleologia: os limites ao poder da maioria, em particular na ação social do sócio	543
5. A proibição de cláusulas relativas à ação social de responsabilidade e os pactos de jurisdição societários	547

CONCLUSÕES..... 555

BIBLIOGRAFIA	581
ÍNDICE.....	665