PROJETO DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA CINCO NOTAS INTRODUTÓRIAS, DOZE QUESTÕES E CINCO COMENTÁRIOS FINAIS SOBRE O PROJETO[1]

JOSÉ MIGUEL JÚDICE[2]

Cabe-me agora a mim ficar a tratar do tema da arbitragem societária. Vou procurar, como aliás todos nós, provocar o debate e talvez também debater a provocação; isso não é exatamente a mesma coisa, mas anda muito perto uma coisa da outra.

Uma primeira nota: Vou fazer uma intervenção genérica, um bocadinho filosófica, pois estamos perante uma questão fundamental, ~~que é~~ uma querela eterna nas sociedades organizadas, no Direito e fora dele, que é a de saber se é melhor uma má mudança do que não haver mudança nenhuma, se é melhor avançar com as mudanças que as condições sociais ou esperar por condições mais oportunas, se é melhor tentar que uma reforma provoque uma adesão ou se pelo contrário é arriscado servir uma má receita, pois quando se faz uma má reforma isso pode gerar um movimento excessivo de reação e desrespeito de tal reforma.

Esta é afinal a grande distinção entre iluminismo e ~~a~~ democracia, entre decidir reformar mesmo que se saiba que as resistências são maioritárias nessa sociedade; ou, pelo contrário, só reformar o que tenha prévio consenso dominante na sociedade. Como desenvolver este tema daria para mais de uma hora de debate, não vou por aí.

As reformas jurídicas têm uma especificidade importante, têm efeitos imediatos. E têm uma outra complicação adicional, é muito fácil destruí-las desde que haja sabedoria jurídica suficiente. Se quiserem um bom exemplo, recordo ter ouvido num dos nossos congressos grandes

[1] Optei por manter o caráter coloquial da intervenção em vez de tudo reescrever como um artigo estruturado. Várias razões para isso, a menor das quais não foi por certo a inevitabilidade de cumprir prazos...

[2] Árbitro, Professor Convidado na Universidade Nova, Sócio fundador de PLMJ.

figuras do Direito a explicar que onde a lei fala em ordem pública internacional deve-se entender que fala de ordem pública nacional ou de ordem pública *tout court*, incluindo ordem pública nacional. Isto é um bom exemplo da genialidade jurídica e dos seus riscos.

Uma segunda nota é sobre o clássico problema da opção entre reformas e revoluções: devemos fazer ruturas totais em relação a um estado de coisas ou, pelo contrário, devemos ir fazendo ruturas sucessivas, ruturas reformistas, costumo chamar-lhes, desencadear procedimentos que são pensados para ter um processo e não pensados para gerar de um momento para o outro uma nova realidade. Não vou obviamente dar respostas sobre isso, ~~para que~~ a Ciência Política, a Sociologia, a Teoria do Estado, têm respostas.

Não vou maçá-los com esses temas pois só os referi para situar o que vou dizer a seguir sobre arbitragem societária.

E como terceira nota, em relação à proposta de legislação para a arbitragem societária, aplica-se bem a frase do primeiro astronauta que pisou a Lua, "um pequeno passo para o homem, um gigantesco salto para a humanidade". De facto, este regime pode ser um gigantesco passo na forma como resolvemos litígios em Portugal.

Mas, cuidado, não devemos tentar sacralizar a reforma, porque sempre que sacralizarmos algo, surge do nosso cérebro um tabu a que ousemos tocar-lhe mais. Creio que não devemos ver esta proposta como um passo numa revolução, mas mais modestamente (e ainda bem) como um momento de mudança que, embora pensado com espírito revolucionário, deve ser feito de uma forma reformista.

Não nos iludamos para não desanimarmos, as resistências à reforma são naturais, os juristas são conservadores, os juristas olham para o passado, passam a vida a interpretar o que existe e por isso não se espere deles que se entusiasmem quando lhes anunciam o futuro.

Não tenham, em todo o caso, dúvidas: eu acho que estamos ~~sem dúvida~~ à beira de dar um grande salto; mas não devemos pensar que ele possa ser uma revolução; tem de ser algo que seja pensado de uma forma ponderada, inserido num processo de reformas sucessivas, e por isso não acreditem em quem vos diga que o projeto que comecemos é o estadio final que define a perfeição.

Dito isto, uma quarta nota ainda geral: a arbitragem societária deve ser um verdadeiro sistema arbitral, mas não deve ser mais, nem deve ser

menos do que isso. Há pouco alguém fez aqui uma comparação com a arbitragem fiscal, o que me preocupa. Eu costumo dizer que a arbitragem fiscal, sem lhe negar as vantagens, era melhor que se chamasse Joaquim fiscal, porque aquilo não é arbitragem, aquilo é Joaquim, tem vantagens, resolve imensos problemas ao Estado, mas polui a arbitragem, pois não respeita princípios essenciais do sistema.

Por isso eu gostaria de pedir que a arbitragem societária não seja como a fiscal, não pretenda ser um "animal" diferente do que já temos e está historicizado na LAV e no que a jurisprudência e a doutrina dela vêm fazendo.

Eu sei que é mais difícil a um governo resistir a fazer uma lei nova do que a uma criança resistir a um bolo de chocolate ou um gelado. Bom, está bem, querem fazer uma lei, então que a façam. Seria melhor, penso eu, apenas adaptar ligeiramente a LAV para se integrar o que seja realmente específico da situação a regular. Isso seria uma abordagem reformista e assumida com modéstia como o primeiro passo numa caminhada. E penso realmente que talvez três ou quatro artigos na lei da arbitragem voluntária chegassem para cobrir as necessárias especificidades.

Por isso, e sabendo que as coisas são como são, aqui declaro que nada tenho contra que se faça uma nova lei desde que essa lei assuma com modéstia que é uma concretização da lei da arbitragem voluntária, que ela própria não é um monstro sagrado, e pode evidentemente ser alterada.

Também gostaria de recordar um truísmo, e será a quinta nota introdutória, pois a minha experiência da vida revela-me que nada é mais esquecido do que o que acharíamos óbvio: não há leis perfeitas, todos nós o sabemos, felizmente para nós advogados e infelizmente para nós árbitros, porque de facto é muito difícil às vezes encontrar um caminho quando as leis não são claras e inequívocas. Seja como for, se os erros que revelam a natural imperfeição de qualquer obra humana não forem muito graves, isso não será dramático, pois a jurisprudência e a doutrina tratarão de corrigir o possível e criar a atmosfera propícia a revisões legislativas posteriores; mas, cuidado, se os erros forem muito graves podem ser perigosos e por isso às vezes é mesmo preciso dizer não.

Nunca me esqueço que o projeto da lei da arbitragem voluntária, elaborado *pro bono* pela Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem, foi desvirtuado por um governo da altura. A Direção da APA foi então

à 1ª Comissão da Assembleia da República dizer que os senhores deputados podiam evidentemente fazer o que quisessem, mas que considerávamos que o governo enviara não era aceitável e pedindo que não decidissem a pensar que era uma proposta da APA.

A Assembleia da República teve a sensatez de não aceitar esse projeto e a seguir outro governo, creio que do mesmo partido, voltou à inspiração inicial. Por isso também agradeço o elogio que aqui foi feito a essa tarefa, e estão aqui as duas pessoas que mais merecem esses elogios, que são o Robin de Andrade e o António Sampaio Caramelo.

Centremo-nos agora no projeto em debate. Em minha opinião os erros deste projeto em debate são reais. Naturalmente uns são mais graves do que outros. Vou passar apenas pelas principais discordâncias e muito rapidamente, tendo em vista ajudar ao debate. Por isso, como regra, optarei por indicar temas como questões em vez de propor soluções.

Em primeiro lugar, não me parece que seja indispensável ou necessário a restrição do regime a sociedades com sede em Portugal. Se as partes desejarem doutra forma, não vejo nenhuma razão para que assim não seja. Não nos esqueçamos que a generalidade das sociedades comerciais são fechadas, e que muitas vezes a sede tem mais a ver com planeamento fiscal ou com o lugar onde exercem a sua atividade os advogados que negociaram a solução. E as partes podem desejar até porque a sede efetiva possa ser realmente ser aqui.

Em segundo lugar, a prevalecer a limitação atrás referida, que então se clarifique qual o conceito de sede a que se alude para efeitos de considerar que a lei é aplicável. Com isso se evitará muita discussão sobre competência do tribunal arbitral e muito trabalho e custos inúteis.

Em terceiro lugar, acho que a exclusão dos acordos parassociais do regime é um erro. Admito que essa não seja essa a vontade real dos autores do projeto. Mas, se assim for, então seria conveniente que ficasse claro que se as partes o desejarem (e sem dúvida que em sociedades fechadas, e ainda mais no caso de acordos parassociais omnilaterais, muito provavelmente essa será a vontade presumida se não mesmo a vontade real) se poderão tratar em conjunto os dois tipos de litígio porque muitas vezes, como sabemos, a relação entre acordo parassocial e contrato social é muito embrincada e há vantagem em que uma única instituição, um único tribunal resolva todos os litígios que com ambos os corpos normativos estejam relacionados.

Em quarto lugar, discordo da opção de atribuir ao tribunal arbitral poderes de levar a cabo inquéritos idênticos aos judiciais, no que seria uma introdução do princípio inquisitório no instituto arbitral. Pode ser entendido como um sinal de confiança, mas considero-o um presente envenenado, porque os tribunais arbitrais não têm a continuidade e a dimensão de meios ao seu dispor para que possam efectivamente tratar disso com muito rigor e eficácia.

Em quinto lugar, parece-me que é excessivo, para litígios entre alguns sócios e o conselho de administração ou um accionista ou um administrador ou um gerente, que todos os sócios tenham de subscrever o compromisso arbitral, a menos que se entenda que uma cláusula arbitral nos estatutos é suficiente. Penso que isso pode ser, aliás, uma forma de criar uma paralisia absoluta. Muitas vezes, em sociedades fechadas designadamente, os acionistas ou quotistas, são gerentes ou administradores. Exigir que todos subscrevam o compromisso arbitral pode ser meio caminho andado para paralisar o próprio funcionamento do sistema.

Em sexto lugar, penso que incluir na lei da arbitragem societária regras sobre a independência e imparcialidade é desnecessário em função da doutrina e das regras da LAV, para onde seria melhor que esta lei remetesse. É que o mundo real costuma ser mais complicado que aquele em que se teorizam soluções para problemas. Recordo a este propósito o dilema do Califa Omar, de que nos falava o meu professor de filosofia no liceu: se a regra for igual é inútil e se for diferente é prejudicial. E mesmo se for igual, corre-se o risco de que por interpretação sistemática se venha concluir que deve ser interpretada de modo diverso. E sendo um dos grandes defeitos da leis portuguesas a queda no vício da "regulamentarite", a tentação do legislador será para tentar densificar e clarificar, acabando por ter o efeito oposto

Em sétimo lugar, discordo da ideia de que os árbitros devem ter experiência na área do direito comercial. Creio que isso é meio caminho andado (ou mesmo mais) para anulações ou para complicações. E invade de forma perigosa a lógica e o DNA da arbitragem como um sistema de partes. Se uma ou ambas desejarem que o árbitro que nomeie seja um economista ou ~~em~~ financeiro, um engenheiro ou um empresário sem curso universitário, que assim seja. E, evidentemente, ainda mais se for um jurista com outras qualificações que até possam servir melhor no caso concreto do que a sabedoria no direito material.

Não vejo, sinceramente, nenhuma vantagem em que o Estado se meta nisso. Para já não falar do enorme risco de densificar o conceito de experiência em direito comercial ou de deixar a tribunais judiciais a obrigação de o fazer no caso concreto.

Mas pior ainda, e em oitavo lugar, o que seria um erro gravíssimo: discordo da existência duma lista de árbitros, que nem se clarifica se é uma lista exclusiva, o que seria dramático e estúpido. E usar para tal efeito o CAAD (para quem não saiba, isso quer dizer "Centro de Arbitragem Administrativa"), o qual se está a tornar numa espécie de *Deus ex maquina* não sei porquê, é um erro total. Deve deixar a vontade das partes escolher o centro institucional que prefiram (nacionais ou não, ainda que exigindo que a sede da arbitragem seja em Portugal e eventualmente que a língua portuguesa seja a ou uma das línguas da arbitragem).

Em nono lugar, acho também criar um regime da competência ~~em~~ exclusiva a favor dos tribunais arbitrais no decretamento de medidas cautelares é perigoso, sobretudo se isto acontecer em fases prévias da existência do próprio tribunal arbitral. Eu sei que alguns centros de arbitragens estão preparados para permitir tomar decisões cautelares através de árbitros de emergência, mas nem todos.

~~Mas~~ por vezes pode haver necessidade, em certo tipo de providências que se mantenha a possibilidade de decisões *ex parte*, pelo menos antes da constituição do tribunal arbitral. Acho que se deve aproveitar a boa experiência brasileira, que permite que os tribunais judiciais atuem de modo cautelar antes do tribunal arbitral estar constituído, dando a este último o direito e o dever de reexaminar a medida quando estiver constituído.

Atenção também ao risco da inversão do contencioso. Não quero com isto dizer que não se possa fazer, mas é preciso pensar bem para não provocarmos aqui mais entropia do que desejaríamos.

Uma décima questão: Acho que é um grave erro a ideia dum regulamento harmonizado. Quanto menos o Estado se meter na arbitragem melhor. A criação do regulamento harmonizado constitui um erro gravíssimo.

Provavelmente é ideia de três ou quatro génios jurídicos; e tenho aliás no meu escritório, todos os nossos escritórios têm, verdadeiros génios jurídicos, que passaram pelos gabinetes ministeriais e pela presidência do conselho de ministros, mas que têm tanto de genialidade como têm de

falta de experiência, que gostam evidentemente de deixar o seu dedo, a sua impressão digital nas leis, para quando forem velhinhos dizerem aos netos, estás a ver, aquela vírgula fui eu que a pus lá.

Tudo isso me assusta. Mas, mais do que isso, obrigar a haver um regulamento harmonizado é nunca mais haver lei e sobretudo o que eu acho que o Estado pode dizer e é razoável que diga, é definir algumas pouquíssimas regras essenciais que devem ser respeitadas e que os centros de arbitragem devem incorporar de uma forma ou outra. Desde que se não exagere, parece-me perfeitamente normal, pois com isso ~~por~~ na prática impedir que Centros de arbitragem internacionais possam fazer arbitragem de direito societário.

Ora para a economia portuguesa é muito importante que investidores estrangeiros saibam poder usar por exemplo a CCI ou a LCIA para as arbitragens societárias de empresas portuguesas que criem em Portugal.

Uma décima primeira preocupação resulta de algo que roça o caricato, que é exigir que os árbitros tenham sentido do interesse público. Pode responder-se de forma simplista que em Portugal interesse público é um ~~co~~cheiro que não serve para nada e portanto, colocar no texto essa norma é giro, dá boa nota naquelas análises que são feitas pelas ONGs; mas é um disparate absoluto. Os árbitros não devem ter nenhum sentido de interesse público nem de interesse privado, os árbitros devem ser adjudicadores de decisões em função da lei aplicável e dos factos provados.

Este tipo de norma vai apenas servir para que a parte que não gostar da decisão final tenha um fundamento adicional de anulação que será invocar que o tribunal não respeitou o interesse público. Nada disto é aliás apenas anedótico: imagine-se um litigio numa sociedade em que o Estado seja parte ou em que uma sociedade concessionária o seja. O tribunal arbitral poderia ser confrontado com uma das partes a dizer que sendo titular do interesse público, a adjudicação contra o seu interesse seria em principio violadora do referido interesse público.

Décima segunda questão: a forma como se aborda no projeto a relevância oposta dos princípios da transparência e da confidencialidade; é evidente que é razoável, normal e compreensível que haja divulgação maior nas arbitragens societárias do que noutro tipo de arbitragens. Aliás eu sou um partidário há muitos anos da transparência na arbitragem, tenho escrito sobre isso.

Mas o binómio transparência/confidencialidade deve ser ponderado em concreto.

A concluir, que se faz tarde, claro que se pode dizer que é muito provável que alguns dos maiores defeitos que aqui estão desapareçam na versão final do projeto. Ficaria naturalmente muito contente se tivesse de confessar que todas as minhas preocupações deixassem de fazer sentido e por isso tivesse de escrever um texto ou fazer uma intervenção pública repleta de elogios.

Mas infelizmente a minha experiência é a oposta. No processo de produção legislativa a tendência é para que tudo piore à medida que ele avança. Seja assim ou não, aqui ficam as minhas preocupações, para que o legislador tenha a bondade de as analisar.

Muito obrigado.

Após ouvir os meus colegas cinco comentários muito curtos do meu lado.

Primeira a questão do recurso da sentença. De facto, a jurisprudência do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio é no sentido de com sensatez medir a vontade comum das partes; por isso acho que não há nada contra a possibilidade de haver recurso, se as partes assim o desejem; pode ter inconvenientes, como tudo na vida, mas não este é o momento para um debate a ser feito por mim, mas é um tema que pode ser interessante debater vindo da plateia.

Segundo comentário: a tese de retirar às partes o poder de nomear os árbitros. Eu sei, evidentemente não é o caso do Tarso Domingues, que por vezes grandes figuras da arbitragem a nível mundial gostam de uma vez por ano ou de dois em dois anos falar dum tema que dê manchetes nos meios especializados; é uma forma de se tornarem recordados, é uma forma de provocarem o debate intelectual que é tão importante, mas a sensação que eu tenho (a minha experiência é limitada, mas apesar de tudo infelizmente, que é sinal que já tenho muitos anos, começa a ser razoável), é que a circunstância das partes poderem nomear árbitros não tem sido um limite ao funcionamento de uma boa arbitragem. É evidente que há árbitros terroristas, em Portugal felizmente nunca tive nenhum caso em que isso tivesse acontecido, mas enfim, como tudo na vida a perturbação feita da patologia não nos pode levar a não aceitar que as leis são razoáveis.

O terceiro comentário tem a ver com o critério da competência em direito comercial como limite ao direito de escolher árbitros. Uma das

coisas que eu lamento nos países que têm códigos como Portugal é a tentativa de tudo regular, tudo estruturar e tudo densificar. Gosto de dizer que a norma legal que mais falta faz às leis portuguesas seria um artigo último que em cada lei dissesse "or otherwise", que permitisse alguma latitude para o julgador.

O critério da competência em direito comercial, desde já confesso que sei muito pouco de tudo, mas tenho feito arbitragens deste tipo pelo mundo fora, vai apenas para que uma parte descontente comece a discutir a competência de toda a gente, que é sempre um critério altamente possível de definir.

Um quarto comentário sobre a questão das qualificações. É possível que as partes possam densificar as qualificações que entendem que os árbitros devam ter; mas se nada disserem não se aplica tal faculdade.

Um quinto comentário sobre a questão do interesse público. Eu estou completamente de acordo com o Pedro Leite Alves, acho que é algo que parece bonito, mas de facto pode ser perigoso. Quando esteja numa arbitragem o Estado ou entidades reguladas é sempre possível, dizer aquele Senhor não ponderou o interesse público, quando decidiu contra mim. Além disso a vida fez-me ter do interesse público uma visão muito heterodoxa, por vezes quase que chego a pensar que na realidade o interesse público acaba por ser o interesse daqueles que o ocupam em cada momento o Estado.

Último comentário: estou de acordo com o Dário Moura Vicente, quanto ao árbitro nomeado ou escolhido livremente pelos centros de arbitragem; quem anda neste mundo dirá que precisamente uma das razões porque as partes fogem da arbitragem institucional, às vezes têm menos confiança no Centro do que têm nos tribunais. Por isso se elas querem de facto, nada impede que o seu advogado negoceie todas as cláusulas, incluindo que os árbitros dos nossos clientes sejam sorteados e se assim o for, se a outra parte aceitar, não haverá rigorosamente problema nenhum é a tal liberdade das partes de que fala o António Menezes Cordeiro.