

Pelo ofício n.º 5g4 do Chefe de Gabinete da Exma. Senhora Secretária de Estado da Justiça, de 18 de abril de 2018, foi apresentada à Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), para audição formal e por um prazo de trinta dias, uma Proposta de Diploma relativo à Arbitragem Societária, que acompanhava, em anexo, o mesmo ofício.

Correspondendo a essa solicitação, que agradece, vem a Associação Portuguesa de Arbitragem apresentar as suas observações sobre a referida proposta, nos termos que seguem.

COMENTÁRIO GERAL

A proposta de Diploma relativo à Arbitragem Societária merece ser saudada, por assumir um equilibrado compromisso entre, por um lado, a conveniência (necessidade!) de o tráfico dispor de um mecanismo de arbitragem para a resolução de litígios societários e, por outro lado, conferir, de forma equilibrada, a necessária segurança jurídica a tais processos e tutela bastante e adequada dos interesses em jogo.

A iniciativa do Governo merece também ser saudada por significar um alinhamento de Portugal com a orientação já seguida por outros legisladores. A arbitragem societária vem sendo acolhida e regulada em diversos ordenamentos jurídicos, aí se podendo detetar dois elementos comuns: (i) a arbitragem voluntária de litígios societários deve ser admitida; (ii) estes litígios, pelas especificidades que apresentam, devem ser objeto de um regime jurídico especial, que não só adeque a arbitragem a tais especificidades, mas também ofereça a imprescindível segurança e certeza jurídicas aos respetivos pleitos.

Globalmente, o diploma merece nota positiva, apresentando um regime equilibrado para a arbitragem societária e cumprindo o que deve tomar-se como ponto nuclear: assegurar o respeito pelo *princípio do Estado de Direito*, que impõe a *independência do tribunal* e a *garantia da igualdade das partes no processo, com todas as suas projeções*.

Naturalmente, este juízo global positivo não obsta ao reconhecimento da existência de aspetos pontuais na proposta de diploma que merecem ajustamento e que são elencados *infra*. A posição final da APA sobre a proposta de Diploma irá depender da resposta a um conjunto de questões adiante colocadas.

A benefício da qualidade da análise e do debate sobre a proposta de diploma, deve assumir-se que as questões a debater — bem identificadas, aliás, no ofício que a acompanha — se situam em âmbitos distintos: umas colocam-se num plano estrito de política legislativa, sobre as quais, sem surpresa, poderão encontrar-se opiniões muito distintas; outras colocam-se no plano do equilíbrio interno do regime; outras, por fim, situam-se no plano estritamente técnico-jurídico.

Na resposta às questões que vêm expressamente formuladas na Consulta será tida em conta a sua diferente natureza, à luz destes critérios.

RESPOSTA ÀS QUESTÕES FORMULADAS NA CONSULTA

1. “Possível âmbito de aplicação diferenciado em função da natureza da sociedade”

O problema respeita, essencialmente, a uma eventual exclusão de sociedades cotadas (ou de sociedades abertas), pelas dificuldades práticas que a arbitragem pode comportar. Sendo inegável que, em tais sociedades, o desafio da adequação do regime é maior, parece ser também inegável que, nestas sociedades, a arbitragem pode apresentar vantagens acrescidas, sobretudo por garantir a celeridade na resolução dos litígios — interesse particularmente vincado nestes casos. E, por outro lado, o diploma rodeia o processo arbitral de cuidados particulares (v.g., formação do Tribunal arbitral, intervenção de terceiros, informação aos sócios, publicidade) que permitem acautelar suficientemente os interesses dos investidores e lidar com as especificidades de tais sociedades. Parece, por isso, não existir razão para impedir tais sociedades de decidirem sujeitar (no todo ou, apenas, em parte) os litígios societários a arbitragem. E convém ter presente que tais sociedades, fazendo uso da faculdade oferecida pelo legislador, poderão sujeitar a arbitragem, por exemplo, apenas litígios com titulares de órgãos sociais, ou litígios com acionistas, etc. Essa liberdade de as sociedades adequarem os seus estatutos aos interesses do mercado parece constituir um fator de valorização, que não deve ser negado pela lei.

2. “O âmbito subjetivo do caso julgado”

A questão coloca-se num plano *técnico-jurídico*, só comportando, em nosso entender, uma resposta: o âmbito subjetivo do caso julgado tem de ser equivalente ao de uma decisão proferida em idêntico processo em tribunal estadual. O que implica abranger, em regra, todos os sócios e membros de corpos sociais, mesmo que não tenham sido partes no processo (é assim, desde logo, nas ações a respeito da validade de deliberações sociais e de responsabilidade de titulares de corpos sociais). Ponto é que a todos seja dada a possibilidade de intervirem no processo (nos termos consagrados).

De resto, importa notar que este âmbito subjetivo decorre diretamente dos estatutos (onde a cláusula compromissória se há de inscrever), podendo atingir, à partida, todos os sujeitos que se encontram vinculados pelos estatutos (desde logo, sócios e membros de corpos sociais).

3. “Regras de seleção e designação de árbitros”

É um aspeto crucial (e complexo) do regime da arbitragem societária, porque dele (também) depende o respeito pelo princípio do Estado de Direito. Deste princípio decorre que a todas as partes tenha de ser assegurada a possibilidade de intervir na seleção e designação dos árbitros ou, em alternativa, estas têm de ser asseguradas por uma entidade independente. A única solução praticável é a que constava da proposta da APA, o que constitui um dos fatores determinantes da sujeição destas arbitragens, exclusivamente, à arbitragem institucionalizada.

No que toca aos requisitos da designação de árbitros, é indiscutível que, desde logo, a capacidade técnica é um pressuposto da boa qualidade da justiça arbitral. A questão que se coloca consiste, porém, em saber se, a este respeito, a arbitragem societária se apresenta *especial* ou *distinta* da arbitragem voluntária: só aos árbitros em litígios societários se deverá exigir “capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público”? Ou deve, sequer, ser-lhes exigida numa medida maior essa capacidade técnica e idoneidade moral?

Não se vislumbra, nesta matéria, nenhuma *especialidade* da arbitragem societária, pelo que o regime, aqui, deve ser igual ao da arbitragem voluntária em geral, subsidiariamente aplicável, de resto, nos termos do Artigo 17.º da proposta. Até porque a fixação de requisitos distintos e mais exigentes do que aqueles que constam da LAV implicaria um juízo de subalternização da justiça arbitral em geral, dificilmente explicável.

A existência de uma lista de árbitros — que poderá ser útil em determinadas circunstâncias específicas (*vide infra*) — não deve constituir a base para a constituição do tribunal, pelas razões já expostas: a arbitragem societária não apresenta, a este respeito, uma especialidade que justifique abandonar o regime geral da LAV. E, sem dúvida, deve suprimir-se o disposto no art. 5º, nº 3, cujo sentido, aliás, não se identifica facilmente (não se encontra na proposta de diploma o dever de os árbitros indicados constarem de nenhuma “lista” e, por outro lado, não se compreende por que razão tal lista, a existir, haveria de ser elaborada por um Centro cuja matéria é totalmente estranha aos litígios societários; de resto, a redação proposta parece sugerir a existência de apenas um centro quando é certo que o Artigo 12.º prevê que qualquer centro de arbitragem legalmente autorizado pode administrar arbitragens relativas a litígios abrangidos pela proposta de diploma).

4. “Preclusão de outras ações com o mesmo objeto”

Entendemos que a dúvida que aqui se coloca consiste em saber se a instauração da 1ª ação de anulação preclui o direito de outros sócios intentarem ações tendentes também à anulação da mesma deliberação. Decorre do disposto no art. 60º, nº 2, CSC (direito

societário geral) a não preclusão e também a obrigatoriedade da apensação (sobre esta, *vide* o art. 13º, nº 2, al. g)).

5. “A melhor solução para a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos”

Trata-se de uma matéria que, em grande parte, se posiciona no domínio da *política legislativa*, dependendo de se pretender favorecer mais ou menos a adesão à arbitragem após a constituição da sociedade.

No direito comparado, encontram-se diferentes soluções. Esclareça-se que não está em causa dispensar a maioria qualificada necessária para a alteração aos estatutos, mas sim saber se essa maioria é suficiente ou se, ao invés, deve ser imposta maioria mais elevada (no limite, a unanimidade). E também não está em causa admitir que, por via estatutária, os sócios imponham uma maioria mais exigente para futuras alterações estatutárias, designadamente para a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos (ao abrigo da liberdade que a lei lhes confere neste domínio).

A questão é, de facto, discutível, como o demonstra a diversidade de soluções presentes no direito comparado. Com certeza que não exigir a unanimidade (nem um outro quórum mais elevado do que o necessário para as alterações estatutárias em geral) tem o mérito de favorecer a adoção, pelas sociedades, da arbitragem societária, o que servirá de impulso inicial à arbitragem societária.

Vale a pena ter presente que a questão pode colocar-se (e analisar-se) em dois grupos distintos de casos: (i) um é o das sociedades *já constituídas* à data da entrada em vigor da lei (relativamente às quais com mais impressividade se poderá defender que o acolhimento da arbitragem societária deveria carecer de uma maioria superior à prevista, visto os sócios não contarem com este novel regime); (ii) outro é o das sociedades que venham a ser constituídas já na vigência da lei (relativamente às quais poucos argumentos contra a sujeição ao quórum comum das alterações estatutárias poderão ser esgrimidos num plano estritamente técnico-jurídico, embora haja sempre espaço para discutir o assunto num plano de política legislativa, naturalmente). O primeiro grupo de casos pode, eventualmente, vir a ser enquadrado através de uma *disposição de aplicação da lei no tempo* (no fundo, essa é a questão suscitada pelas sociedades já constituídas na data de entrada em vigor).

Reconhecendo tratar-se de matéria discutível, a posição institucional da APA é, todavia, no sentido de se manter a solução acolhida na proposta de diploma.

6. “A salvaguarda dos direitos dos sócios que votem vencido”

Encontra-se, no direito comparado, a atribuição ao(s) sócio(s) dissidente(s) de um direito de exoneração da sociedade.

A solução, que tem uma componente, óbvia, de *pura política legislativa*, parece desaconselhável. Antes de mais, porque o direito português só em casos muito raros acolhe esta solução: seria estranho um quadro normativo em que a introdução de uma cláusula compromissória atribuísse ao sócio o direito de exoneração, mas já não reconhecesse esse direito em casos, por exemplo, de fusão ou de cisão de sociedades. Estas situações são (potencialmente) muito mais “violentas” para a situação do sócio e seria estranho tratá-las de forma desigual, dispensando-lhes uma tutela menor. Importa, por isso, sublinhar que os sistemas que atribuem um direito de exoneração em caso de introdução de uma cláusula compromissória, também atribuem ao sócio dissidente o direito de exoneração num leque alargado de outros casos de alteração estatutária. Não é o que sucede no direito português.

Acresce que o facto de o legislador não atribuir um direito *legal* de exoneração ao sócio nestes casos não impede os sócios de, se se quiserem precaver contra esta possibilidade, inscreverem nos estatutos esse direito de exoneração: um direito de origem estatutária e não legal. Para as sociedades por quotas esta possibilidade já decorre do art. 240º, nº 1, CSC; para as sociedades anónimas poderá ser necessária uma previsão expressa. Admite-se, se for esse o entendimento do legislador, a previsão expressa da possibilidade de os estatutos consagrarem um direito de exoneração (independentemente do tipo de sociedade) aos sócios que votem contra a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos. A ser assim, a ausência de direito de exoneração funcionaria como regime, apenas, *supletivo*, permitindo-se expressamente que as sociedades possam dispor diversamente nos seus estatutos.

7. “Nomeação de árbitro singular e garantia da imparcialidade”

Esta matéria, obviamente muito importante na justiça arbitral, não apresenta nenhuma especialidade relevante em sede de arbitragem societária, não devendo ser objeto, por isso, de um regime especial.

Questão diferente, que será abordada adiante, é a da *independência do centro de arbitragem*, mormente quando esteja em causa o exercício de competências de nomeação de árbitros.

8. “A aplicabilidade no que respeita às providências cautelares e à suspensão da deliberação social”

Admite-se que esta matéria possa ser discutida. Mas importa sublinhar alguns aspetos decisivos para a aplicabilidade da arbitragem às providências cautelares:

- (i) O primeiro (de pendor *negativo*) reside no facto de, a não ser assim, o regime de inversão do contencioso retirar, na prática, a própria impugnação da deliberação social da arbitragem (isto é, na prática, o sócio poderia violar a cláusula compromissória, requerendo providência de suspensão no tribunal estadual, no qual acabasse por obter a inversão do contencioso (art. 382º CPC);
- (ii) O segundo (de pendor *positivo*) reside no facto, justamente, de as providências cautelares de suspensão constituírem um foco nuclear da litigiosidade societária, onde precisamente mais útil se pode apresentar a arbitragem, desde logo, pela celeridade que assegura. Deixar de fora tais procedimentos (além de nada o impor, no plano técnico ou teórico) é subtrair à arbitragem uma das matérias em que esta se pode revelar mais útil para as empresas, para o desempenho do tecido empresarial e para o investimento.

De resto, a possibilidade de decretamento de providências cautelares é hoje largamente reconhecida internacionalmente, consagrando, de resto, a Lei de Arbitragem Voluntária, aplicável subsidiariamente, tal possibilidade, não se vendo razão para excepcionar essa possibilidade no âmbito dos litígios societários.

9. “A obrigatoriedade do depósito da decisão, à semelhança da solução adotada no Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas”

Não jugamos ser uma boa opção. Primeiro, por razões de confidencialidade e, até, proteção de segredos comerciais e industriais das empresas, o depósito do processo seria contraproducente e contraditório com a natureza reservada da própria arbitragem. Segundo, por razões de suficiência do regime de publicidade a prever, conforme nota à questão seguinte. Terceiro, pela possibilidade de, no caso de empresas cotadas, a entidade reguladora poder determinar as medidas de publicitação que achar mais convenientes. Conclui-se, assim, que o ordenamento, no seu conjunto, já dá resposta a esta preocupação.

Por outro lado, por razões de praticabilidade, sendo que os processos arbitrais poderão ter dezenas de pastas e milhares de documentos.

No nosso entender, sempre que o ordenamento, no seu conjunto, dê resposta, como é aqui o caso, nele se deverá encontrar a solução.

10. “A publicidade do pedido”

A publicidade do requerimento de arbitragem, através de identificação dos seus termos essenciais e não de depósito do próprio processo, deve ser feita através de registo na Conservatória do Registo Comercial. Uma vez que todos os interessados são chamados ao processo e poderão, assim, ter acesso a todos os seus elementos, o registo deve ser restringido, face a terceiros, aos elementos essenciais: identificação do(s) requerente(s) e do(s) requerido(s), objeto da arbitragem e pedido.

O projeto entregue pela APA ao Governo continha ainda uma proposta de alteração ao Código do Registo Comercial e ao Regulamento do Registo Comercial. Relevamos o interesse desta proposta, designadamente para evitar eventual dificuldade prática na aplicação do novo regime.

11. “Arbitragem institucionalizada *Vs ad-hoc*”

Não existem quaisquer dúvidas de que, desde logo por razões de ordem prática e também outras acima referidas (*supra* 3.), só a arbitragem institucionalizada deve ser admitida. Isto, por ser essencial, conforme decorre de diversos preceitos da proposta de diploma, a existência de uma entidade independente e estranha ao conflito a quem possa ser outorgado um conjunto de poderes/deveres (designação de árbitros, assegurar a publicidade, assegurar a informação dos sócios, decidir a prorrogação do prazo de arbitragem, etc.).

12. “No caso de arbitragem institucionalizada a obrigatoriedade de um regulamento harmonizado e o controlo do regulamento pela Direção Geral da Política de Justiça”

Vide comentário aos art.s 12º e 13 (infra), mas posição da APA é contrária seja à existência de um regulamento harmonizado no seu conteúdo específico, seja ao controlo, nesses termos previstos, pela Direção Geral da Política de Justiça.

COMENTÁRIO A ASPETOS ESPECÍFICOS DO ARTICULADO

Artigo 1º

Relativamente ao nº 2, alínea *a*), alguns associados da APA, por um lado, (i) questionaram, com pertinência, a bondade da restrição do regime às sociedades com sede em Portugal e, por outro lado, (ii) suscitaram dúvidas a respeito do critério adotado de “sede da sociedade”.

- (i) Com certeza que a aplicação deste regime legal a sociedade com sede noutra país colocará, antes de mais, problemas de conformidade com a lei desse outro estado. Mas pode admitir-se que o legislador português não imponha essa auto-limitação à lei, deixando em aberto a possibilidade de o regime se aplicar a litígios de sociedades não nacionais.

Todavia, alguns aspetos da lei — particularmente os de registo e de publicidade da ação arbitral — devem acautelar a adaptação a tais casos.

De seguida, e à luz desta orientação, sugere-se a alteração do articulado, com vista a permitir a aplicação do regime a arbitragens de sociedades não sujeitas ao direito português.

- (ii) No que toca ao critério de delimitação do âmbito subjetivo societário, sugere-se que este passe a consistir na lei aplicável (em vez do lugar da sede).

A respeito do nº 2, al. e), sugerem-se alguns acertos, igualmente. Tratou-se certamente de um lapso (que vem do projeto da APA), mas nesta remissão inclui-se o processo de oposição à fusão e à cisão (arts. 1059ºss. CPC), bem como o de oposição à distribuição de reservas ou lucros após a redução de capital (art. 1058º CPC). A legitimidade para tais processos é conferida a terceiros (os credores) e não pode estar abrangida pela convenção de arbitragem.

Por outro lado, o processo de investidura em cargos sociais pressupõe um poder de coerção de que os tribunais arbitrais não gozam, pelo que também se aconselha a sua exclusão do âmbito do diploma.

Por fim, parece ser preferível evitar as remissões para o CPC (que, além do mais, podem tornar a leitura da norma mais complexa) e, em vez disso, indicar diretamente os processos que se encontram excluídos da arbitragem.

Por isso se propõe:

**“Artigo 1.º
(Objeto)**

[...]

2 – Podem ser submetidos a arbitragem, nos termos do presente diploma:

- a) Os litígios entre uma sociedade comercial ou sob forma comercial sujeita à lei portuguesa nos termos do artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais, adiante designada como sociedade, e os seus sócios, relacionados com a validade, interpretação ou execução do contrato de sociedade;

[...]

- e) As ações relativas ao exercício de direitos sociais, reguladas no Capítulo XIV do Título XV do Livro V do Código de Processo Civil, com exceção do processo de oposição à fusão e cisão de sociedades e ao contrato de subordinação, do processo de oposição à distribuição de reservas ou lucros após a redução de capital e do processo de investidura em cargos sociais.

[...]

7 – A realização em Portugal de arbitragens tendo por objeto litígios relativos a sociedades comerciais ou sob forma comercial sujeitas a lei estrangeira fica sujeita às seguintes condições:

- a) Ser a resolução por arbitragem de tais litígios permitida pela lei pessoal da sociedade em questão;

- b) Terem sido observados os requisitos estabelecidos nessa lei quanto à inclusão, exclusão, teor e publicidade da cláusula compromissória constante dos estatutos da sociedade.

8 – Nas arbitragens a que se refere o número anterior, devem ser observados, com as necessárias adaptações, os requisitos estabelecidos na presente lei e, subsidiariamente, na Lei da Arbitragem Voluntária quanto aos árbitros, ao processo arbitral, ao Direito aplicável e à sentença arbitral.”

Artigo 2º

Relativamente ao projeto APA, foi introduzida uma alteração (no nº 2): a menção expressa a “exclusão”, aditada àquelas já previstas de “inclusão” e de “modificação” da cláusula compromissória.

A nova redação torna claro que o regime se aplica também a estes casos, embora a “exclusão” agora prevista se pudesse considerar incluída na “modificação” da cláusula.

Porém, para melhorar a qualidade do enunciado legal, talvez fosse, então, de adotar a seguinte redação:

“A inclusão, modificação ou supressão de cláusula compromissória nos estatutos deve (...)”. Usa-se o termo “supressão” em vez de “exclusão”, para alinhar este diploma com a terminologia do CSC a respeito das alterações estatutárias (v. art. 85º, nº 1, CSC).

Por outro lado, por sugestão de associados da APA, parece ser conveniente esclarecer, no nº 4, que a impugnação, num tribunal estadual, da deliberação que introduza uma cláusula compromissória nos estatutos suspende, até ao trânsito em julgado da decisão, os efeitos de tal cláusula (independentemente de ter sido decretada providência cautelar de suspensão). De outro modo, a eventual prolação futura de sentença de anulação da deliberação teria repercussões de grande complexidade sobre outros (eventuais) processos entretanto instaurados. Sugere-se esse aditamento ao preceito.

Por último, no que toca ao nº 7, inclui-se, em diversas normas, uma referência expressa, aditando aos sócios “as demais situações abrangidas pelo nº 6 do art. 1º”.

Esta opção afigura-se criticável, porque:

1. Acrescenta o que, justamente, o art. 1º, nº 6, já acrescentava, pois é essa a sua única finalidade (equiparar a sócio quem não é sócio, mas esteja autorizado por lei a exercer os respetivos direitos) – nesta medida a alteração é inútil, porque a equiparação vem do art. 1º, nº 6;
2. Mas, além de inútil, é perigosa, porque comporta o risco de uma interpretação a

contrario: onde não se encontre esta equiparação pontual e expressa então não se equipara (como sucede por exemplo no art. 4º, n.º 2, n.º art. 8º, n.º 1, e no art. 10º, n.º 1).

Por uma questão de técnica legislativa deve evitar-se a nova formulação, o que leva a sugerir a supressão da parte final do preceito (“e as demais situações abrangidas pelo n.º 6 do art. 1º”).

Propõe-se a seguinte redação:

**“Artigo 2.º
(Convenção de arbitragem)**

[...]

2 – “A inclusão, modificação ou supressão de cláusula compromissória nos estatutos deve (...).

[...]

4 - A deliberação que introduza uma cláusula compromissória nos estatutos de uma Sociedade só pode ser impugnada perante os tribunais estaduais, ficando os respetivos efeitos suspensos até ao trânsito em julgado da decisão judicial.

[...]

7 - A vinculação do sócio ou do titular de órgão social pela cláusula compromissória inicia-se com a aquisição da participação social ou a aceitação do cargo, expressa ou tácita.”

Artigo 3º, n.º 1

Ao invés da solução acolhida no n.º 2, em que a competência para a publicidade é atribuída ao Centro de Arbitragem, o n.º 1 remete para o Presidente do Tribunal arbitral a competência para requerer o depósito eletrónico. Deste modo, a lei está a pressupor que o Tribunal Arbitral já esteja constituído no momento em que é devida a publicidade (ou seja, o registo não se segue à instauração do processo arbitral, mas sim à constituição do Tribunal Arbitral). Deveria ser o Centro de Arbitragem a fazê-lo, para desse modo se aproximar o registo da data do requerimento de arbitragem.

Aliás, esta redação está em contradição com o disposto no art. 12º, nº 7, que atribui ao centro de arbitragem a competência para os registos e publicações previstos no diploma. E esta parece-nos ser a boa solução.

Por outro lado, em articulação com a alteração proposta ao art. 1º (admissibilidade de arbitragem em sociedades sujeitas a lei estrangeira), propõe-se a adaptação deste art. 3º a essa realidade.

Finalmente, no projeto APA, não se propôs alteração ao art. 43º do CRC (que prevê que o registo de ações seja feito com base em certidão de teor do articulado ou em duplicado deste acompanhado da prova da sua apresentação a juízo). Talvez fosse de aditar um n.º 3 ao art. 43º do CRC com o seguinte teor: “3 – O registo de processo arbitral será feito mediante requerimento do Centro de Arbitragem, através da identificação das partes, do objeto do litígio e do pedido”. Também a epígrafe do art. 43º deverá ser alterada para passar a conter a menção a processo arbitral.

Artigo 3º, nº 2

A hipótese prevista na norma de a sociedade não conhecer todos os seus sócios — e que também tinha sido acolhida no projeto APA — tinha em vista as sociedades anónimas com ações ao portador. Uma vez que a lei proíbe hoje tais títulos ao portador, talvez se possa suprimir esta parte. Claro que, mesmo no novo regime, e sobretudo na fase transitória, a sociedade pode, *de facto*, não saber quem são os seus sócios (mesmo tendo deliberado a conversão das ações em nominativas, os titulares das ações ao portador não reclamaram os títulos). Talvez isso justifique que a redação se mantenha. Mas importa ter presente que se trata de regime bastante complexo — justificável para lidar com as ações ao portador — que porventura já não se justifique apenas tendo em vista estas situações marginais (e transitórias) de os titulares das ações ao portador não terem substituído os títulos por títulos nominativos.

Propõe-se, por isso, a seguinte redação alterada:

“Artigo 3.º (Publicidade)

1 – “Estão sujeitos a depósito eletrónico na Conservatória do Registo Comercial, a requerimento do Centro de Arbitragem, os processos arbitrais abrangidos pelo presente diploma, identificando-se para o efeito as partes, o objeto do litígio, o pedido, e as decisões finais neles proferidos.

[...]

3 – Nas arbitragens que tenham por objeto litígios relativos a sociedades comerciais ou sob forma comercial sujeitas a lei estrangeira serão observados os requisitos de publicidade estabelecidos na respetiva lei pessoal.

4 - A publicação das decisões finais será efetuada sem prejuízo de o centro de arbitragem notificar previamente as partes para, no prazo de dez dias, se pronunciarem sobre se existe matéria que deva ser mantida confidencial, designadamente no âmbito de proteção de segredos comerciais ou industriais.”

Artigos 5º e 6º

O propósito subjacente a estes dois artigos é, em si, louvável: emprestar à composição do tribunal arbitral um elevado nível de qualidade e de independência.

Porém, não se vislumbra por que razão, no universo da arbitragem voluntária, se há de instituir um regime especial — dir-se-ia, aliás, especialíssimo — para a arbitragem societária. A arbitragem societária apresenta especialidades que justificam um regime legal próprio, onde se inclui o processo de designação dos árbitros. Mas já o estatuto do árbitro nada tem, em tais arbitragens, de especial: estes árbitros não têm de ser mais independentes, não têm de ser mais competentes, etc. do que quaisquer outros. O que não significa, claro, que não tenham de gozar dessa independência, ou exibir essa competência: significa que todos os árbitros (também os de quaisquer outros processos arbitrais) têm de pautar-se pelos mesmos níveis de exigência.

Por outro lado, a proposta de criação de uma lista de árbitros, com a intervenção do Centro de Arbitragem Administrativa, afigura-se muito criticável. Desde logo, pela atribuição de tal competência a este Centro, que não tem vocação para aferir as competências de árbitros em matéria tão distante do direito administrativo. Mas também a própria ideia de uma lista que confine o universo de árbitros que podem integrar o tribunal é muito questionável, por comportar o risco de perverter o funcionamento destas arbitragens e constituir um fator de injustificada limitação à autonomia dos centros. Naturalmente, os centros não deixarão de preparar listas de árbitros, que não excluam a possibilidade de designação de outros árbitros. Remetemos, de resto, para o parágrafo 3 do Comentário geral supra.

O regime de impedimento dos árbitros é passível de uma crítica idêntica: a arbitragem societária não apresenta, neste aspeto, nenhuma especificidade relativamente à arbitragem voluntária em geral, não se justificando um regime especial. E, de qualquer modo, tal como se encontra redigido, o art. 6º limita os impedimentos às relações com o “sujeito passivo”, o que não se compreende. Por que razão uma determinada relação com o “sujeito passivo” é fonte de impedimento, mas já não o será com o “sujeito ativo”? Além de injustificável no seu conteúdo, a norma, com este sentido de discriminação das partes no processo no que toca à sua relação com os árbitros dificilmente passaria num juízo de constitucionalidade — a título de exemplo, tal como está redigida, a norma comportaria a possibilidade de os árbitros serem membros dos órgãos sociais de uma das partes no processo, desde que não

se tratasse do sujeito passivo, em virtude de apenas relativamente a este estar previsto o impedimento. Admite-se que a expressão possa ter sido importada, por lapso, do regime da arbitragem tributária.

Para além disso, e sem prejuízo do que antecede, nomeadamente quanto à desnecessidade de previsão de um regime distinto do consagrado na Lei de Arbitragem Voluntária, na redação proposta para o n.º 2 do artigo 6.º parece haver alguma confusão de conceitos: a pessoa convidada para ser árbitro deve recusar a designação se ocorrer circunstância de falta de independência ou de imparcialidade. Se ocorrer “circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência”, conforme consta do projeto, das duas uma: ou o próprio árbitro convidado entende que existe conflito e não aceita, ou então o que tem é um dever de revelar eventuais circunstâncias que possam suscitar dúvidas às partes, mas que, no seu entender, não o/a colocam em situação de falta de imparcialidade ou de independência. Tal dever já decorre da Lei de Arbitragem Voluntária, aplicável subsidiariamente, não existindo qualquer especificidade que justifique regime diferente e correndo-se o risco de tal redação suscitar dúvidas interpretativas indesejáveis. A que acresce o facto de a jurisprudência ter vindo a densificar e a concretizar um conjunto de orientações e de princípios nesta matéria, com o que se torna, também por isso, desaconselhável uma intervenção legislativa, ainda para mais parcial e avulsa.

Pelo exposto, sustenta-se a supressão dos dois referidos preceitos (art. 5º e 6º).

Artigo 11.º

O regime respeitante à suspensão de deliberações sociais suscita várias dificuldades teóricas e práticas, particularmente no que toca à possível inversão do contencioso (que a proposta da APA, embora com lapso manifesto na indicação da norma do CPC, excluía no nº 7 do respetivo art. 9º).

Por outro lado, afigura-se que, em homenagem à autonomia privada em que se funda a arbitragem, deve ser dada às partes — e, antes disso, aos próprios sócios, na definição da cláusula compromissória — a possibilidade de decidir se, pesadas as vantagens e os inconvenientes, pretendem a inversão do contencioso. Por isso se propõe que a inversão do contencioso passe a depender da cláusula compromissória ou do acordo das partes no processo/procedimento.

Tendo em conta que uma parte relevante do articulado, aliás no que havia sido também a orientação do Projeto APA, reproduz as soluções que já decorrem do CPC, propõe-se a supressão dos n.ºs. 3 a 6.

Propõe-se, por isso:

“Art. [...]

(Suspensão de deliberação social)

[...]

2- Os árbitros podem decretar a suspensão de deliberações nos casos e com os efeitos com que os tribunais judiciais podem fazê-lo.

3- Caso a cláusula compromissória prevista nos estatutos admita, o árbitro nomeado para julgar a providência cautelar pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado.

4- A decisão prevista no número anterior não preclude o direito de a parte vencida/requerida e de outros interessados abrangidos pelo efeito de caso julgado material requererem arbitragem para reverter a decisão tomada na providência cautelar.

5- Em caso de ausência de previsão na cláusula compromissória estatutária, pode o árbitro nomeado para julgar a providência cautelar dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se, estando no processo todos os sujeitos abrangidos pelo efeito de caso julgado material, não houver a isso oposição, conquanto a matéria adquirida no procedimento permita ao árbitro formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado.

6- Às decisões proferidas no âmbito da providência cautelar aplica-se o regime dos recursos da Lei da Arbitragem Voluntária.”

Artigo 12º

A norma suscita questões em dois níveis distintos:

- (i) Um respeita ao mérito da existência de regulamento harmonizado;
- (ii) Outro respeita ao regime concreto dessa harmonização regulamentar.

Quanto ao primeiro, embora se compreenda o propósito de ser assegurado um standard mínimo a tais regulamentos, vê-se com dificuldade em que termos e com que discricionariedade esse controlo poderá ser efetuado.

Quanto ao segundo, a forma como se deixa aos centros de arbitragem o dever (o ónus) de chegarem a essa harmonização parece muito criticável. São muitas as questões: e se os centros não lograrem a harmonização? Um centro, criado posteriormente a esta harmonização, está condenado a aderir? Ou pode impor a todos os outros a criação de um novo regulamento harmonizado? E a ausência de consenso determinará, então, a

caducidade do regulamento pré-existente? Neste sentido, sugerimos a eliminação do texto legal da necessidade de harmonização e da própria expressão «harmonizado».

Relevante, e tal como já consta da proposta de Diploma, é a identificação de um conteúdo mínimo do regulamento (isto é, aspetos que têm de ser objeto do regulamento, nos termos referidos no art. 13º, nº 2), ficando a possibilidade de o centro administrar estas arbitragens dependente da verificação de que o regulamento cobre esses aspetos mínimos. Mas o conteúdo exato ou concreto seria deixado à liberdade de cada centro.

Por outro lado, sugere-se a supressão da exigência de publicitação do regulamento no sítio da internet da Direção-Geral da Política de Justiça. Por razões de segurança jurídica, essa incumbência caberá ao Ministério da Justiça e não deverá ter interferência na validade da convenção de arbitragem, nem na capacidade do centro de arbitragem para administrar arbitragens de litígios societários (por sua vez, condição de validade da convenção de arbitragem). Com certeza que, à semelhança do que sucede com os centros e ao abrigo de legislação específica respeitante à constituição e funcionamento de centros de arbitragem, a Direção-Geral de Política de Justiça procederá a essa publicidade. Mas não se trata de uma matéria especial, que deva estar regulada neste diploma.

Finalmente, no quadro estratégico de situar Portugal entre as capitais internacionais da arbitragem e para melhor promoção do investimento, afigura-se-nos que o Diploma não deverá prejudicar a escolha pelas empresas de centros de arbitragem internacionais para administração de arbitragens dos seus litígios societários, em Portugal. Nesse sentido, propomos a eliminação da expressão «legalmente autorizados» que consta do número um, bem como o termo «específico» que surge nos números um, dois e três do art. 12.º. E propõe-se, por razões de segurança e de certeza jurídica, uma adaptação do regime a tais casos (*vide infra* art. 13º).

Relativamente ao proposto no artigo 12º, nº 4, a possibilidade de a cláusula compromissória indicar mais do que um Centro, embora comporte riscos, tem, em contrapartida, a vantagem de diluir o risco decorrente da extinção de um centro. Porém, sobretudo os casos de necessária apensação de processos (invalidade de deliberações sociais) são incompatíveis com a possibilidade de diferentes sócios intentarem em diferentes centros tais ações sobre a mesma deliberação, o que leva a recusar esta possibilidade.

De todo o modo, para se colher o benefício de a cláusula compromissória apresentar uma alternativa a um centro — em caso de extinção deste —, não se vê obstáculo a que a lei consagre a possibilidade de indicação, *a título subsidiário*, de um segundo centro de arbitragem, para o caso de o primeiramente indicado nos estatutos se extinguir.

Por isso, propõe-se:

“Artigo [...]º

(Centros de arbitragem institucionalizada)

- 1- Os centros de arbitragem que pretendam administrar arbitragens relativas a litígios abrangidos pelo presente diploma devem aprovar um regulamento que preveja um mecanismo de nomeação urgente de árbitro adequado a permitir o decretamento das providências cautelares referidas no artigo anterior.**
- 2- O regulamento referido no número anterior é obrigatoriamente publicitado, bem como as suas alterações, no sítio da internet do centro de arbitragem.**
- 3 - Salvo nos casos a que se refere o artigo 1.º, número 7, a validade de uma convenção de arbitragem em matéria societária depende da indicação na mesma de um centro de arbitragem apto a administrar os litígios por ela abrangidos, podendo indicar-se, a título subsidiário para o caso de extinção do primeiro, outro centro igualmente apto a administrar tais litígios.**
- 4 - A indicação na convenção de arbitragem de um centro de arbitragem envolve a aceitação do respetivo regulamento como parte integrante da convenção de arbitragem e faz presumir a atribuição a esse centro da competência para administrar a arbitragem.**
- 5- (...)**
- 6- (...)**
- 7- (...)”**

Artigo 13º

A exigência de um processo comum e tendencialmente desmaterializado, em sede de arbitragem voluntária, não se justifica. Caberá às partes e ao tribunal arbitral, nos termos da Lei de Arbitragem Voluntária, organizar o processo da forma considerada mais apropriada ao caso concreto.

Igualmente, será preferível uma redação que não imponha que o regulamento para as arbitragens de litígios societários tenha, necessariamente, de ser um regulamento autónomo relativamente ao regulamento principal, digamos assim, do centro de arbitragem. A verdade é que os regulamentos principais dos centros de arbitragem podem acolher todas as preocupações do legislador aqui vertidas. Também nesta linha, o Diploma deverá acolher práticas e admitir modelos de centros de arbitragem internacionais de referência.

No quadro legal, a criação de centros institucionalizados em Portugal está sujeita a aprovação do Ministério da Justiça (LAV, Artigo 62, n.º 1). Ou seja, já existe um controlo público suficiente dos centros de arbitragem. Afigura-se à APA ser preferível um dever de

comunicação dos centros de arbitragem sediados em Portugal ao Ministério da Justiça e um prazo de sessenta dias para a Direção Geral da Política da Justiça suscitar a insuficiência do regulamento e ordenar, se necessário, a sua adequação às exigências legais.

Relativamente aos centros de arbitragem estrangeiros ou internacionais que pretendam administrar arbitragens de litígios societários em Portugal, não faz sentido que a entrada em vigor dos seus regulamentos possa estar dependente de ato do Estado português, mas faz sentido que haja o dever de comunicação dos respetivos regulamentos à Direção Geral de Política da Justiça, assim como, naturalmente, o dever de os seus regulamentos respeitarem os requisitos previstos no presente diploma.

Por outro lado, sugere-se a supressão da referência a “impugnação de deliberações de órgãos sociais” (nº 2, al. g)), por não se vislumbrarem especificidades que da arbitragem resultem para tais processos e devam ser necessariamente objeto de regulamento.

Por fim, no que respeita ao nº 3, sugere-se a substituição da expressão “nomeação de árbitro urgente” por “nomeação urgente de árbitro”.

Por isso se propõe:

“Art. [...]

(Regulamento)

1- O regulamento para administração de arbitragens de litígios societários, integrado no regulamento do centro de arbitragem ou vertido em instrumento próprio, é obrigatoriamente comunicado pelos centros de arbitragem sediados em Portugal à Direção Geral de Política da Justiça, a qual, no prazo de sessenta dias, poderá ordenar a respetiva adequação aos requisitos legais estabelecidos no presente diploma.

2- Do regulamento deverão constar, entre outros, os seguintes elementos:

[...]

g) As regras aplicáveis à apensação de processos e à tutela cautelar;

[...]

3- É da responsabilidade do centro, a pedido de qualquer das partes, a nomeação urgente de árbitro, salvo expressa convenção em contrário, de modo a garantir a tutela cautelar das providências de suspensão de deliberação social.

4- O regulamento para administração de arbitragens de litígios societários e as suas eventuais alterações não entram em vigor antes de decorrido o prazo previsto no número um do presente artigo.

5 – Para administrar arbitragens de litígios societários de sociedades sujeitas a lei portuguesa, os centros de arbitragem estrangeiros ou internacionais deverão dispor de regulamento que preencha os requisitos legais previstos no presente diploma, devendo comunicar o respetivo regulamento à Direção Geral de Política da Justiça, a qual, verificados os requisitos legais previstos no presente diploma, promoverá a sua publicidade.”

Artigo 14º

A letra do preceito é, com certeza, excessiva: o centro não poder ter “qualquer relação com a sociedade” implica *literalmente* que o centro não possa ter a própria relação de prestação de serviços inerente à administração da arbitragem.

Mas a questão de fundo reside na independência e imparcialidade que deve ser exigida.

A independência e imparcialidade deve focar-se no Presidente do Centro ou quem neste exerça concretamente os poderes previstos no art. 4º, nº 4, art. 7º e art. 8º, nº 2 (poderes com alguma discricionariedade e muito relevantes para o respeito pelo princípio do Estado de Direito). O centro, enquanto tal, não tem de ser independente (nem imparcial), mas as pessoas (ou os órgãos) que exerçam aquelas competências, sim.

Notamos que a independência e imparcialidade dos árbitros é matéria sob escrutínio dos tribunais judiciais e a sua violação fundamento de anulação das sentenças arbitrais. Não se justifica, assim, criar um sistema especial para este efeito. Aqui também, o ordenamento já dá resposta adequada, a que acresce a qualidade da jurisprudência dos tribunais do Estado na defesa da independência e imparcialidade dos árbitros.

Por outro lado, a experiência internacional dos centros de arbitragem evidencia que, eles próprios, criam mecanismos para obviar e ultrapassar esta questão, até em função da responsabilidade civil em que poderão incorrer. Os centros de arbitragem portugueses, seguramente - e necessariamente -, adotarão as boas práticas para dar resposta a esta questão.

Assim, afigura-se como suficiente que o legislador faça expressa referência ao dever dos centros de arbitragem de criarem mecanismos adequados para acautelar a independência e imparcialidade dos árbitros, desde logo no que respeita à fase de exercício das suas competências.

Propõe-se a seguinte redação:

“Art. [...]

(Regime de independência e imparcialidade)

Os centros de arbitragem devem assegurar, através de mecanismos adequados, a independência e a imparcialidade no exercício das competências específicas que a presente lei lhes confere, designadamente na nomeação de árbitros e de representante especial da sociedade.”

Artigo 16º

Este preceito não encontra paralelo no Projeto APA, que não regulava a matéria por não se vislumbrar nenhuma especialidade na arbitragem societária que justifique um regime especial, relativamente ao constante da LAV (art. 43º).

Aliás, o prazo de seis meses (ao invés de doze, como a LAV prevê) é, dependendo embora dos processos (e convém não esquecer que a lei tem um espectro muito largo), com certeza, demasiado curto.

E afigura-se especialmente criticável que se trate de um prazo definitivo e “sem saída”, no caso de não ser cumprido, posto que só poderá ser prorrogado uma vez (um ano no total).

A regular-se a matéria nesta lei especial — e não se vislumbra nenhuma razão para o fazer — o art. 43º da LAV é o exemplo a seguir (aliás, construído sobre as más experiências de um regime de prazo perentório).

18 de maio de 2018

A Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem