

# Memorando

## **Assunto: Comentário ao Projeto da APA sobre a Lei de Arbitragem Voluntária Societária**

Foi recebido o projeto da lei de arbitragem voluntária societária, preparada pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) e circulada pela Secretaria de Estado da Justiça para comentários até dia 18 de maio de 2018. Assim, vimos por este meio fazer alguns comentários e apresentar algumas sugestões ao referido Projeto.

### **Artigo 1.º - Objeto**

#### **Número 2, alínea a)**

A restrição a arbitragens a sociedades com sede em Portugal impede a escolha de Portugal como sede de arbitragens internacionais nesta matéria. A limitação não pode ter justificação no regime da competência exclusiva do Regulamento Bruxelas I e do artigo 63.º CPC, porque essas normas não se aplicam à arbitragem. Se a lei aplicável a essa sociedade não impedir que os litígios sejam julgados por arbitragem noutros países, nada impede que se aplique também a essas sociedades.

Por outro lado, é sustentável que o regime de arbitragem societária contém não apenas normas de direito adjetivo, mas também normas de direito substantivo societário (ou com uma faceta de direito substantivo societário, se se preferir), como as normas sobre arbitrabilidade, alterações estatutárias e efeitos de decisões jurisdicionais perante todos os sócios. A aplicação no espaço das normas de direito substantivo societário é, em primeiro lugar, delimitada pelo artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais. O projeto de norma em apreço conterá uma norma acrescida sobre a delimitação da aplicação no espaço das normas de direito substantivo societário português. Questiona-se a vantagem desse nível acrescido de delimitação da aplicação no espaço das normas de direito substantivo societário português.

A isto acresce que o projeto de norma não esclarece se adota o critério da sede efetiva ou o critério da sede legal. Para além da falta de clareza, joga-se também a criação de mais um ponto de possível confronto entre as normas de Direito Internacional Público Societário estabelecidas pelo legislador Português e os relevantes princípios e jurisprudência europeus.

### **Número 3**

Entende-se que a exclusão dos litígios que resultem de acordos parassociais decorre da lógica de que estes litígios não necessitam de seguir esta lei, mas tão só a LAV. No entanto, parece-nos que não deve ser impedir cumulação numa única arbitragem de pedidos decorrentes de um e outro, se essa for a vontade das partes. É da maior importância que seja viável abordar no mesmo tribunal arbitral todas as questões, independentemente da sua natureza societária ou parassocial. Sendo o regime societário mais garantístico, não vemos que haja razão para limitar essa cumulação.

Seja como for, é indispensável que a norma seja escrita de tal forma que nenhuma dúvida resulte da sua leitura quanto à questão, hoje pacífica, da arbitrabilidade de litígios da parassocialidade.

### **Número 5**

Resulta do n.º 5, do artigo 1.º que, no inquérito judicial, o tribunal arbitral exerce as competências que na lei processual civil são atribuídas ao juiz, incluindo a da nomeação do investigador, salvo as que envolvam o exercício de poderes de autoridade. Seria de evitar aplicações automáticas de regimes processuais civis, porque causam muitas dificuldades de articulação prática com a arbitragem. Aqui, por exemplo, o que se entende por poderes de autoridade não é inteiramente delimitado, pelo que a utilização deste instituto poderá originar controvérsia sobre o seu significado e amplitude.

A isto acresce que existem outros processos de contencioso societário que podem implicar poderes coercitivos e o auxílio do tribunal estadual, de que é exemplo a investidura em cargos sociais.

Sugere-se a mera remissão para o regime geral de auxílio do tribunal estadual.

### **Número 6**

A norma não determina o que se deve entender por *direitos sociais*. Faria sentido adicionar: “*nomeadamente direitos de voto, económicos ou resultantes de ónus ou usufruto.*”

## **Artigo 2.º - Convenção de arbitragem**

### **Número 4**

Esta norma prevê que a impugnação da deliberação que inclua a cláusula compromissória nos estatutos corre nos tribunais estaduais. Seria importante determinar quais os efeitos dessa

impugnação, em especial se implica a suspensão dos efeitos da convenção até ao trânsito em julgado da decisão.

### **Número 7 e 9**

As redações do disposto nos n.ºs 7 e 9 não se mostram evidentes para efeitos da sua aplicação, em razão de nada se dizer, no artigo 1.º, n.º 6, sobre aquelas situações em que, sem prejuízo de se verificar um exercício de direitos sociais, não ocorreu qualquer aquisição de participação ou aceitação de cargo nos corpos sociais.

Por outro lado, quanto ao n.º 9, tenha-se presente que existem litígios entre a sociedade e o titular do órgão social que não afetam a esfera jurídica dos sócios, casos que a exigência de subscrição do compromisso arbitral pelos sócios poderá ser excessiva.

### **Artigo 4.º - Definições e regras de interpretação**

No n.º 1 deste preceito normativo regula-se o âmbito subjetivo do processo arbitral regulado por esta lei. Estende-se, em particular, este âmbito a todos aqueles que não são partes iniciais do processo arbitral, “como os titulares dos órgãos sociais ou demais sócios”. Acontece que esta particular referência, parecendo meramente exemplificativa, não só se revela inútil, como limitadora do alargamento do âmbito subjetivo a outras classes de pessoas.

Adicionalmente, a redação da norma tal qual se encontra não é inteiramente clara quanto ao âmbito subjetivo do diploma. Em particular, levantam-se diversas questões às soluções legais que consagra, a saber: (i) a ação é proposta contra todos ou é proposta apenas contra alguns e, mais tarde, dar-se-á conhecimento aos demais?; ou (ii) aplica-se apenas a ações contra uma sociedade, em que esta participa na qualidade de demandada e os outros são meramente chamados à ação numa lógica *opt-in* ou *opt-out*?

### **Artigo 5.º - Requisitos de designação dos árbitros**

Diga-se, desde já, que o disposto nos artigos 5.º e 6.º revelam-se inúteis em face do regime de independência e imparcialidade consagrado na Lei de Arbitragem Voluntária. A consagração deste novo regime causa, na verdade, um risco sério de interpretação e conciliação entre os dois sistemas.

Discorda-se da necessidade de os árbitros terem de ter experiência na área do direito comercial, visto que tal pode gerar vários problemas incluindo os resultantes da interpretação diferente sobre o

entendimento que se deve dar ao conceito de *experiência* e, no limite, pode originar a anulação da sentença arbitral, por força do disposto no artigo 15.º. Considerando que a arbitragem se funda largamente na autonomia das partes, estas, querendo, podem simplesmente acordar que o árbitro deverá preencher determinados requisitos, nomeadamente o requisito de experiência em direito societário ou arbitral.

### **Artigo 6.º - Impedimento dos árbitros**

#### **Número 1, alínea a)**

Faz-se referência ao conceito de *sujeito passivo*, provavelmente por influência do direito tributário. Faz mais sentido usar “parte com interesse na composição do litígio.

### **Artigo 10.º - Eficácia de caso julgado**

#### **Número 2**

Aparentemente com influência no regime consagrado no Código das Sociedades Comerciais, estabelece-se que os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em atos praticados em execução da deliberação, não são afetados pelo eventual caso julgado material resultante da decisão arbitral. Esta norma revela-se desnecessária considerando que a eficácia da convenção de arbitragem – e, por consequência, da decisão arbitral que dela resulte – só produz efeitos perante as partes signatárias e não perante terceiros.

### **Artigo 11.º - Suspensão da deliberação social**

#### **Número 1**

Esta norma estabelece um regime de competência exclusiva (em favor dos tribunais arbitrais) para decretamento de providências cautelares de suspensão das deliberações sociais. Na Lei de Arbitragem Voluntária, em contraste, consagra-se um regime de concorrência de competência cautelar entre jurisdição arbitral e estadual. Não se entende, porém, quais as especificidades da arbitragem societária que justificam a existência desta norma especial, havendo que ponderar bem a sua adequação.

#### **Número 2**

Aqui faz-se referência à competência do tribunal arbitral que se encontra delimitada pelo disposto nos artigos 380.º a 383.º do Código de Processo Civil. Estabelece-se, portanto, um regime de aplicação supletiva do regime processual civil. Acontece que a aplicação destas normas pode revelar-se particularmente problemática, visto que se trata de normas essencialmente processuais – consagrando, por exemplo, a inversão do contencioso (prejudicando, por consequência, as naturais características do processo arbitral). A aplicação supletiva do Código do Processo Civil foi definitivamente abandonada, 2011, com a entrada em vigor da Lei de Arbitragem Voluntária e corresponde, na verdade, à melhor prática internacional. Se, aliás, se alargar o âmbito de aplicação deste regime a arbitragens verdadeiramente internacionais, serão normas de muito duvidosa razoabilidade na sua aplicação.

Sugere-se, antes, consagrar no diploma as normas substantivas especiais necessárias em face das idiosincrasias dos litígios societários, devendo as demais questões processuais ser regulada pelo regime geral das providências cautelares e ordens preliminares consagrado na Lei de Arbitragem Voluntária.

### **Número 3**

Estabelece-se que a suspensão de uma deliberação social deve ser apresentado num centro de arbitragem no prazo de 10 dias a contar da data da assembleia em que as deliberações foram tomadas. Resulta daqui, portanto, que este requerimento deve ser apresentado antes de qualquer tribunal arbitral estar integralmente constituído. Não se diz porém se este pedido pode ser feito através de regulamento de árbitro de emergência, o que é a única solução possível para uma decisão rápida. Fará talvez sentido fazer essa menção.

### **Número 4**

Estabelece-se neste número que se o requerente alegar que não lhe foi fornecida cópia da ata ou do documento comprovativo da deliberação, a citação da sociedade é realizada com a cominação de que a resposta não é admissível, salvo se acompanhada com aquela cópia ou documento. Ora, não é totalmente evidente qual a consequência que se procura consagrar nesta norma. Se for a de que a falta de junção daqueles documentos importa a revelia/inadmissibilidade de defesa, então, estamos perante um regime exageradamente oneroso e desproporcional.

## **Número 6**

O regime aqui estabelecido determina, à semelhança do que se faz com no Código de Processo Civil, que, uma vez citada, a sociedade não pode executar a deliberação social. Trata-se de uma solução legal que é amplamente criticada na doutrina e perante a qual se verifica um amplo consenso quanto à necessidade da sua substituição. Não faz, portanto, sentido mantê-la aqui.

## **Artigo 12.º**

Do projeto resulta que instituições internacionais reputadas, como a CCI, não terão competência para administrarem estas arbitragens. Esta solução revela-se errada pois não só constitui uma limitação irrazoável à autonomia das partes, como limita o interesse internacional do regime (ainda que para sociedades com sede em Portugal mas que sejam sucursais de empresas multinacionais). No limite, poder-se-á elencar alguns dos requisitos que as instituições arbitrais devem respeitar para que possam administrar litígios societários no âmbito desta lei.

## **Número 5**

Não se entende a *ratio* por detrás da limitação da flexibilidade, que é, como se sabe, uma característica inegável da arbitragem. Sugere-se a eliminação da norma.

## **Artigo 14.º**

No geral, este preceito normativo exige que as instituições arbitrais devem ser independentes e imparciais relativamente ao litígio e à sociedade. Todavia, como se deve compatibilizar este regime com aquelas situações em que a sociedade é associada da instituição que abriga o centro de arbitragem, como as câmaras de comércio ou associações comerciais?

## **Artigo 15.º**

Estabelece-se um fundamento adicional de anulação (em face daqueles já consagrados na Lei de Arbitragem Voluntária) que consiste na demonstração da violação do regulamento do centro de arbitragem aplicável de normas imperativas da Lei de Arbitragem Voluntária Societária. Parece demasiado amplo, pelo que se sugere restringir a aplicação deste artigo às sociedades anónimas abertas cotadas.

**Artigo 16.º**

Impor-se ao tribunal arbitral um prazo para proferir sentença por regra revela-se contraproducente e até ameaçadora para a capacidade da arbitragem enquanto método de resolução de litígios. Acresce que a LAV já contém um regime de prazo, pelo que não se vê razão para inovar. Sugere-se a eliminação da norma.

Lisboa, 3 de maio de 2018

Filipa Cansado Carvalho

José Miguel Júdice

Mariana França Gouveia

Pedro Caetano Nunes