



FACULDADE DE DIREITO

**OS VERDADEIROS E FALSOS TERCEIROS NO PROCESSO
ARBITRAL**

**Mestrado Profissionalizante em Ciências
Jurídico-Empresariais
Dissertação de Mestrado apresentada por
Maria de Fátima dos Anjos Machado**

2017

FACULDADE DE DIREITO

**OS VERDADEIROS E FALSOS TERCEIROS NO PROCESSO
ARBITRAL**

Professora Orientadora: Sra. Dra. Prof. Elsa Marina Rosa Dias de Oliveira

**Mestrado Profissionalizante em Ciências
Jurídico-Empresariais
Dissertação de Mestrado apresentada por
Maria de Fátima dos Anjos Machado**

2017

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a questão da intervenção dos “verdadeiros e falsos terceiros” no processo arbitral analisada no seio das arbitragens voluntárias.

As arbitragens voluntárias, não obstante se encontrarem previstas e reguladas na lei, têm origem contratual na medida em que emergem da celebração de uma convenção de arbitragem, que mais não é do que um contrato celebrado entre partes, através do qual estas acordam submeter determinado litígio (atual ou eventual) à arbitragem.

Atento o facto de a arbitragem ser contratual na sua origem, urge divisar as pessoas que subscreveram a convenção de arbitragem daquelas que, não obstante não a terem subscrito, se consideram, ou deverão considerar, vinculadas pela mesma. Só fazendo esta análise será possível vislumbrar quem será um verdadeiro terceiro em relação ao processo arbitral, mas falso terceiro em relação à convenção de arbitragem. E isto porque, em arbitragem o conceito de terceiro é distinto daquele que comumente é conhecido em processo civil.

No âmbito do processo arbitral, a temática da intervenção de terceiros só se coloca quando estes se encontrem vinculados pela convenção de arbitragem pois, só estes integram o conceito de terceiros relativamente ao processo arbitral.

Assim sendo, premente se torna apurar quem se pode considerar vinculado pela convenção arbitral para, ulteriormente, se aferir da possibilidade de admissão (ou não) da intervenção daquele terceiro. Nestes termos, e uma vez que um sujeito poderá encontrar-se vinculado à convenção arbitral sem dela ser signatário (“falso terceiro”), impõe-se analisar as situações em que tal hipótese se poderá verificar, e que se enquadram nos casos de “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários”.

Efetuada este exercício poderemos então falar de intervenção de terceiros (“verdadeiros terceiros”) no processo arbitral, mas “falsos terceiros” em relação à convenção de arbitragem, uma vez que, embora não a tenham subscrito estão por ela vinculados.

Palavras-chave: arbitragem voluntária – convenção de arbitragem – intervenção de terceiros – extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários

SUMMARY

The present dissertation addresses the issue of “real and fake” addition parties in the arbitration proceeding within the optional arbitrations.

In spite of the fact that the optional arbitrations are foreseen and regulated by law, they are contractual based in its source once they arise from an arbitration agreement, which is nothing more than a contract concluded between the contracting parties, through which those parties agree to submit the matter under dispute (existing or potential) to the arbitration court.

In light of that fact, it is important to distinguish between the individuals who subscribed the arbitration agreement and the ones who should be consider as bound by it even though they did not subscribed it. Thus, only by making this assessment it will be possible to establish whom will be a real third party in the arbitration proceeding but a fake third party in relation to the arbitration agreement, since the third party concept in arbitration differs from the one generally used in the civil proceedings.

Within the arbitration proceeding, the addition parties are relevant only when bound by an arbitration agreement, since only then they adopt the third party’s concept.

Thus, it becomes imperative to assess whom can be regarded as bound by the arbitration agreement so it can be possible to ascertain if the addition party is admissible or not. In this sense, an analysis should be made regarding the situations in which it is possible to have addition parties and which fall under the “arbitration agreement extension to non-signatory third parties”, since it is possible to be liable to the arbitration agreement without being its signatory (fake third party).

Further to the above, we may conclude that they are addition parties (real third parties) among the arbitration proceeding but “fake third parties” within the arbitration agreement since they are bound by it even though they did not subscribed it.

Key words: voluntary arbitration - arbitration agreement - addition parties - extension of the arbitration agreement to non-signatory third parties

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
1. A NATUREZA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	8
2. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	14
2.1. CONCEITO DE TERCEIRO	14
2.2. O CONCEITO DE TERCEIRO PARA EFEITOS DO PROCESSO ARBITRAL.....	16
2.3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	18
2.3.1. A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DAS PARTES E DO TERCEIRO	18
2.3.2. CONTROLO DE ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS PELO TRIBUNAL ARBITRAL	26
3. A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL A NÃO SIGNATÁRIOS ...	31
3.1. O CONCEITO DE TERCEIRO RELATIVAMENTE À CONVENÇÃO ARBITRAL	33
3.2. A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: POR TRANSMISSÃO, SUBSTITUIÇÃO OU POR ADESÃO	35
3.2.1. TRANSMISSÃO POR MORTE OU EXTINÇÃO.....	40
3.2.2. TRANSMISSÃO ENTRE VIVOS	41
3.2.2.1. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL	41
3.2.2.2. CESSÃO DE CRÉDITOS	44
3.2.2.3. TRANSMISSÃO SINGULAR DE DÍVIDAS	47
3.2.2.4. SUB-ROGAÇÃO.....	50
3.2.2.5. NOVAÇÃO.....	56
3.2.2.6. CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO.....	57
3.2.2.7. CONTRATO PARA PESSOA A NOMEAR	61
3.3. GRUPO DE SOCIEDADES	63
3.3.1. A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO NOS GRUPOS DE SOCIEDADES	66

3.3.2.	A TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	72
3.3.3.	REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	75
3.3.4.	A TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	80
3.4.	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	89
3.4.1.	O INSTITUTO	89
3.4.2.	ÂMBITO DE APLICAÇÃO	92
3.4.2.1.	CONFUSÃO DE ESFERAS JURÍDICAS OU MISTURA DE PATRIMÓNIOS	92
3.4.2.2.	SUBCAPITALIZAÇÃO	93
3.4.2.3.	ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM PREJUÍZO DE TERCEIROS E/OU DA SOCIEDADE ...	94
3.4.3.	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES	96
3.4.4.	A APLICAÇÃO DA FIGURA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS.....	101
	CONCLUSÕES	108
	BIBLIOGRAFIA	116

INTRODUÇÃO

A arbitragem voluntária¹ “é um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiro”².

A arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, apresenta inúmeras vantagens, entre as quais avultam a previsibilidade, confidencialidade, executoriedade, rapidez e liberdade das partes. É precisamente na liberdade das partes que reside a fonte de toda a arbitragem voluntária: a convenção de arbitragem.

Desdobrando o conceito que *supra* se transcreveu importa clarificar que a vontade das partes em submeter determinado litígio a arbitragem é exteriorizada através de uma convenção arbitral. De facto, é mediante a celebração deste negócio jurídico bilateral (como *infra* melhor se demonstrará) que as partes acordam em confiar ao(s) árbitro(s)³ – “terceiro” relativamente à relação jurídica mantida entre as partes da convenção arbitral – a decisão de um litígio, seja ele atual ou apenas eventual.

Pela importância que reveste enquanto instrumento necessário de toda a arbitragem voluntária, porquanto atribuidor de competência aos tribunais arbitrais para julgar determinado litígio, necessário se torna apurar a sua natureza (contratual). Mas não só por isso. Na verdade, é a natureza da convenção arbitral que dita determinadas regras e princípios da arbitragem que divergem do processo civil.

¹ Fazendo um breve enquadramento histórico, a arbitragem teve a sua fase primordial em Portugal no século XII, embora o recurso a árbitros para dirimir litígios entre as partes não fosse muito difundido, sendo até de difícil deteção as situações em que isso ocorria. No século XIII começou a denominar-se de alvidros ou juízes alvidros os juízes que eram escolhidos pelas partes para dirimir determinado litígio. Em 1820 e por força da revolução francesa, Portugal adotou as ideias liberais e o instituto da arbitragem passou a estar consagrado na constituição de 1822. Com o aparecimento do Código de Processo Civil em 1876 a arbitragem começou a ser regulada nesse mesmo diploma. Surgiu posteriormente o Decreto-Lei 243/84 de 17 de Julho como diploma autónomo regulador da arbitragem, que revogou os artigos 1508.º a 1524.º do Código de Processo Civil de 1961. No entanto, todas as normas constantes desse diploma vieram a ser declaradas inconstitucionais através do Acórdão n.º 230/86 proferido pelo Tribunal Constitucional, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Em 1986 surgiu a Lei de Arbitragem Voluntária que foi posteriormente revogada pela Lei 63/2011, de 14 de Dezembro que corresponde à atual LAV. Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica do instituto da arbitragem recomenda-se a leitura de NOGUEIRA, José A. A. Duarte, *A Arbitragem da História do Direito Português*, in Revista Jurídica, n.º 20, Novembro de 1996. No tocante às alterações que se pretenderam introduzir com o Decreto-Lei 243/84, de 17 de Julho, vide CORTEZ, Francisco, *A Arbitragem Voluntária em Portugal – “Dos ricos homens” aos tribunais privados*, in O Direito, Ano 124, 1992, IV, Outubro-Dezembro.

² PINHEIRO, Luís de Lima, *Convenção de Arbitragem (Aspetos Internos e Transnacionais)*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, I/II, Novembro 2004, p. 125.

³ “O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar” – Vide artigo 8.º, n.º 1 da LAV

E é neste ponto que nos propomos a analisar uma das situações em que a natureza da convenção de arbitragem exerce mais influência e que se prende com os “verdadeiros” e “falsos” terceiros no processo arbitral.

À partida, assumindo que a convenção arbitral tem natureza contratual, o problema que se coloca, e para o qual pretendemos apresentar solução, prende-se com o facto de saber se um terceiro, que não subscreveu a convenção arbitral, pode estar a ela vinculado pois, sendo um contrato a convenção de arbitragem vinculará, à primeira vista e por força do princípio da eficácia relativa dos contratos, apenas as partes que a celebraram. Será que, se assim é, apenas estas as partes (“verdadeiros terceiros”) poderão intervir no processo arbitral? Não nos parece que assim seja. Situações haverá em que se admite que a intervenção no processo arbitral de uma parte que não subscreveu a convenção de arbitragem (“falsos terceiros”). É precisamente nesta última hipótese que mais problemas se levantam por se afigurar, à partida, que as estas situações colidirão com a natureza da convenção de arbitragem.

A presente dissertação não incide na análise de todos os problemas emergentes do tema em apreço, por ser demasiado extenso e por suscitar numerosas e variadíssimas questões. Razão pela qual procederemos a uma análise geral dos aspetos que, na nossa ótica, consideramos mais relevantes, propondo-nos a tecer considerações mais profundas sobre o cerne do tema em si mesmo: “Verdadeiros e falsos terceiros no processo arbitral”.

Deste modo, a presente dissertação versará, essencialmente, na análise da intervenção, num processo arbitral pendente, de terceiros subscritores da convenção de arbitragem (“verdadeiros terceiros”) e bem assim das situações em que se vislumbra ser admissível a intervenção de terceiros não signatários da convenção de arbitragem no processo arbitral por força da “extensão” da eficácia da convenção de arbitragem àqueles (“falsos terceiros”)

Tendo presente que o nosso foco primário, para o ulterior desenvolvimento do tema que nos propomos a analisar, incide na natureza da convenção de arbitragem, resulta evidente que a presente dissertação se focará somente na colocação desta problemática ao nível da arbitragem voluntária⁴ *ad hoc*⁵ e institucionalizada de questões

⁴ Saliente-se que a arbitragem necessária - arbitragem que tem a sua origem na lei, não resultando de uma convenção das partes nesse sentido (convenção de arbitragem) – não será objeto do presente estudo. Neste sentido, recomenda-se a leitura em PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional: A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005 p. 26; VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 46, Setembro 1986, p. 318; CORDEIRO,

de direito privado, excluindo a análise da questão nas arbitragens necessárias e naquelas em que esteja em discussão questões de direito público.

Assim, e uma vez que todos os problemas que nos propomos a analisar emergem da natureza (contratual) da convenção de arbitragem, iniciaremos a nossa análise precisamente por este ponto.

1. A NATUREZA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Antes de procedermos à análise da natureza da convenção arbitral importa começarmos por analisar a natureza da própria arbitragem.

Nesta sede, são apresentadas três teorias⁶: a teoria contratual, teoria jurisdicional e a teoria mista. A primeira olha para a arbitragem como um contrato celebrado pelos árbitros na qualidade de mandatários das partes⁷. Aqui, a sentença arbitral depende inteiramente, e de forma mediata, daquela convenção entre as partes.⁸ De acordo com esta teoria, a decisão arbitral não tem força de sentença, sendo necessária a sua homologação judicial para adquirir esse valor. No fundo, estaremos perante um processo privado (acordo entre as partes em submeter determinado litígio à arbitragem) que culminará, também, num ato privado (decisão arbitral). A segunda teoria, por seu turno, vê a arbitragem como um ato jurisdicional, olhando para os árbitros já não como mandatários das partes mas como verdadeiros juízes⁹, “pondo em relevo o poder do Estado de permitir e de regular a arbitragem.”¹⁰ No âmbito deste pensamento, permite-se às partes atribuir poderes jurisdicionais a privados (árbitros) e estes são olhados como administradores da justiça por delegação do Estado. Por fim, a última teoria, defendida

António Menezes, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 97.

A propósito da (in)constitucionalidade da arbitragem necessária aconselhamos ainda a leitura dos seguintes acórdãos do Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 52/92, Processo n.º 10/89, Relatora: Conselheira Assunção Esteves e Acórdão n.º 262/98, Processo n.º 140/95, Relatora: Conselheira Alves Correia, ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵ A propósito da diferenciação entre arbitragem *ad hoc* e institucionalizada veja-se GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação. Mediação. Arbitragem. Julgados de Paz*, 3.ª Edição, Almedina, 2014, p. 123; VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, 1999, p. 29.

⁶ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 119 e 120.

⁷ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 119.

⁸ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, disponível em <http://www.arbitragem.pt/estudos/praticasarbitrais.doc>, p. 10.

⁹ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 120.

¹⁰ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 10.

por DÁRIO MOURA VICENTE,¹¹ entende a arbitragem como “uma figura mista ou híbrida: contratual na medida em que se funda no reconhecimento da autonomia privada; jurisdicional porque a função dos árbitros consiste em julgar um litígio e a sua decisão se reveste da mesma força executiva que assiste às sentenças dos tribunais comuns.”¹² Em suma, esta última teoria, que nos parece mais acertada e que acolhe mais adeptos, entende a arbitragem voluntária como “contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função.”¹³

Com esta afirmação fez-se já notar que a arbitragem tem natureza contratual privada, porque a sua fonte atribuidora de poderes é, além da lei¹⁴, a convenção de arbitragem, adiantando-se já que a mesma terá, também, natureza contratual. Desse contrato, que é a convenção de arbitragem, resulta uma atribuição de poderes jurisdicionais ao tribunal arbitral que proferirá uma decisão com efeitos jurisdicionais (artigo 42.º, n.º 7 da LAV).

Posto isto, a convenção arbitral pode definir-se como “o acordo das partes em submeter a arbitragem um litígio atual ou eventual.”¹⁵

O artigo 1.º, n.º 1¹⁶ da Lei 63/2011, de 14 de Dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária – doravante “LAV”) prescreve que “[d]esde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.” e acrescenta o n.º 3 do mesmo preceito que “[a] convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).” Das normas *supra* transcritas é possível concluir, por um lado, que a

¹¹VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 67.

¹²VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p. 67.

¹³GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 120; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos* disponível em http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc, p. 2.

¹⁴Efetivamente, a arbitragem, sobretudo institucional, tem natureza legal, mormente, regulamentar. No tocante às arbitragens *ad hoc*, sendo certo que a LAV as regula (quando tenham sede em Portugal), é igualmente certo que esta apenas se aplicará depois de as partes convencionarem nesse sentido.

¹⁵GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p.125. A propósito do conceito de convenção arbitral *vide* ainda PINHEIRO, Luís de Lima, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 126; SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem*, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coord. Mariana França Gouveia, Ed. João Pinto Ferreira, Almedina, 2011 p. 167; VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 293.

¹⁶Esta norma foi configurada com base na lei alemã. *Vide* CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 92.

convenção arbitral tem natureza contratual¹⁷, na medida em que se traduz num negócio jurídico bilateral e, por outro lado, que a mesma pode revestir uma de duas modalidades consoante o caráter futuro ou atual do litígio¹⁸: cláusula compromissória¹⁹ ou compromisso arbitral^{20 21}, respetivamente.²² Sendo certo que, a natureza contratual da convenção arbitral se verificará quer esta seja parte integrante de um contrato (como comumente acontece quando estamos perante uma cláusula compromissória²³), quer seja autonomamente estipulada (como ocorre quando se trata de um compromisso arbitral).²⁴

Não obstante a doutrina maioritária²⁵ posicionar-se no sentido de considerar a

¹⁷ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p.125; SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem*, cit., p. 167; VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 303; FREITAS, José Lebre de, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Almedina, Vol. II, 2002, p. 626; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 2.

¹⁸ Uma vez que a LAV não faculta nenhuma noção/conceito de litígio, recomenda-se, nesta sede, a leitura de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 93.

¹⁹ No Direito francês a cláusula compromissória é igualmente definida como “um acordo entre as partes, anterior ao litígio, em submeter aos árbitros um litígio que possa eventualmente surgir entre eles” Cf. – CARLOS, Adelino da Palma, *La Procédure Arbitrale en Droit Comparé*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1965, p. 9.

²⁰ No direito francês o compromisso arbitral assume o mesmo significado que na lei portuguesa, podendo ser definido como “[o] ato pelo qual as partes afirmam a sua vontade de escapar aos tribunais judiciais para dirimir a disputa que os divide e se propõem a recorrer ao árbitro ou árbitros para resolver o litígio nele descrito.” – Cf. CARLOS, Adelino da Palma, *La Procédure Arbitrale*, cit., p. 8.

²¹ A propósito da distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral *vide* VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 293, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 95

²² Note-se que nem sempre foi assim. Na verdade, antes da arbitragem estar regulada num diploma próprio, encontrando-se escassamente regulada no Código de Processo Civil, tendia a considerar-se a cláusula compromissória como um contrato misto “no sentido de que produz duas ordens de efeitos completamente diversos. Por um lado, tem como efeito imediato, e nesse sentido se pode considerar um contrato definitivo, subtrair aos tribunais comuns a competência de se pronunciarem sobre as questões a que se reporta, transferindo-a para o tribunal arbitral; por outro lado, cria para as partes a obrigação de praticarem os atos necessários para a constituição do tribunal arbitral.” – Cf. FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho, *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral – Capacidade, Forma, Objeto, Conteúdo*, 1960-61, Faculdade de Direito de Lisboa, p. 5.

²³ Neste ponto, poder-se-ia questionar se a validade e eficácia da cláusula compromissória depende da validade e eficácia do contrato principal em que esta está inserida. O artigo 18.º, n.º 3 da LAV resolve esta questão, determinando que “[a] decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória”. Deste modo, a LAV consagra, expressamente, a autonomia da cláusula compromissória face ao contrato principal encarando-a como um negócio jurídico autónomo, fonte de atribuição de competência ao Tribunal Arbitral para a resolução de um litígio. A favor da autonomia da cláusula compromissória *vide* ESQUÍVEL, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, 2004, p. 132; SERAGLINI, Christophe & ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de L’Arbitrage Interne et International*, Montchrestien, Paris, p. 91-93.

Em sentido diverso, António Sampaio Caramelo considera que “a cláusula compromissória inserida num contrato não pode qualificar-se como autónoma relativamente a este, melhor lhe convindo a qualificação de acessório do contrato [...]” – Cf. CAMELO, António Sampaio, *A Autonomia da Cláusula Arbitral*, in ROA, A. 68, Janeiro 2008, p. 358 – 361.

²⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit. p. 2 e 3.

²⁵ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p.125; SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem*, cit., p. 167; VENTURA, Raúl,

convenção de arbitragem como um contrato, certo é que existe quem defenda uma posição oposta. Neste sentido, CARNELUTTI²⁶ entendia que “com o contrato as partes regulam o seu conflito de interesses, assinalando um ponto de equilíbrio, no qual o conflito se compõe; ao abrigo da cláusula compromissória não estão em causa dois interesses opostos das partes, os quais encontram na mesma o respetivo equilíbrio, mas ao invés um interesse idêntico de ambas, destinado a encontrar a melhor jurisdição para a decisão de determinado litígio.”²⁷

Na linha de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²⁸ tendemos a considerar que “não faz sentido qualquer oposição entre as teses contratuálistas,²⁹ jurisdicionais e mistas³⁰ acerca da natureza jurídica da convenção arbitral. Não há, em direito, qualificações absolutas. A natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais. A natureza jurisdicional configura o conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato.”³¹

Por nós, tendemos a definir um contrato como um acordo emergente de duas ou mais declarações de vontade, que poderão ser opostas ou convergentes, desde que harmonizáveis entre si. Ora, a convenção de arbitragem espelha uma manifestação de vontade de duas ou mais partes em total harmonia, na medida em que ambas são expressão da vontade em submeter determinado litígio à arbitragem.

Posto isto, e aceitando-se a natureza contratual da convenção de arbitragem, é certo que esta, independentemente da modalidade que revista (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), resulta sempre de um encontro de vontades entre as partes³² –

Convenção de Arbitragem, cit., p. 303; FREITAS, José Lebre de, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, cit., p. 626; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 2.

²⁶ CARNELUTTI, *Clausola compromissora e competenza degli arbitri*, in *Rivista di Diritt Commerciale*, 1921, II, p. 339 e segs., apud ESQUÍVEL, José Luís, *Os Contratos Administrativos*, cit., p. 127.

²⁷ CARNELUTTI, *Clausola compromissora* cit., apud ESQUÍVEL, José Luís, *Os Contratos Administrativos*, cit., p. 127

²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 3.

²⁹ Podendo também designar-se de teses materiais, segundo esta teoria “a convenção de arbitragem seria um contrato de Direito substantivo.” – CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87.

³⁰ Segundo esta teoria “embora sendo uma unidade, a convenção de arbitragem apresenta uma vertente civil e uma vertente processual.” - CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87.

³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 3

³² Nesta sede coloca-se a questão de saber se a adesão a cláusulas contratuais gerais se enquadra no “encontro de vontades”, isto é, se esta adesão constituiu ou não uma forma válida de manifestação de consentimento. Sem grandes delongas, e uma vez que tal temática extravasa um pouco aquilo que é o cerne da presente dissertação, dir-se-á apenas que, na esteira de Raúl Ventura, igualmente pendemos a considerar que “a cláusula compromissória, quando conste de condições gerais de contratos ou formulários tem a sua eficácia inter partes condicionada por “dupla assinatura”: a geral para o contrato e a

condição essencial para a celebração de uma convenção de arbitragem válida.³³

Para que este acordo de vontades assuma relevância jurídica, torna-se imperativo que as partes exteriorizem a sua vontade concordante em submeter determinado litígio à arbitragem. Essa exteriorização corresponde à forma que a convenção de arbitragem terá que revestir e que, por imposição legal constante do artigo 2.º, n.º 1 da LAV, corresponde à forma escrita.^{34 35}

Em qualquer uma das suas modalidades, e desde que a mesma seja válida³⁶ e eficaz, a convenção de arbitragem constitui, para nós e para grande parte da doutrina,³⁷ um negócio jurídico processual, tendo, conseqüentemente, eficácia civil e processual³⁸ uma vez que, as partes, ao acordam em submeter determinado litígio a arbitragem, acordam, paralelamente, em subtrair à jurisdição estadual a resolução do litígio

da sua aprovação específica.” – Vide VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 46, Lisboa, Abril 1986, p. 17.

Razão pela qual, quando as convenções de arbitragem constituam cláusulas contratuais gerais aplicar-se-á o regime destas últimas, nomeadamente no tocante à sua interpretação, inclusão em contratos e bem assim as regras proibitivas da existência de “cláusulas abusivas” – Vide PINHEIRO, Luís Lima, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 134.

Deste modo, desde que a cláusula compromissória cumpra os requisitos formais contidos no artigo 2.º da LAV e não padeça de nenhum vício na sua formação, ela constituirá uma forma válida de manifestação de consentimento, independentemente de se encontrar inserta em cláusulas contratuais gerais.

³³ Cf. SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais*, cit., p. 170; VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 292 e 293.

³⁴“O núcleo de razões determinantes da forma escrita da convenção arbitral consiste exatamente na delimitação precisa do seu conteúdo, em especial do seu objeto, conferindo às partes e aos árbitros a certeza e segurança acerca do âmbito das questões submetidas à jurisdição arbitral e, portanto, subtraídas à jurisdição estadual.” – ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit. p. 11.

³⁵ Nas palavras de Raúl Ventura: “[o] aspeto da forma ressalva a existência do consentimento, porque sem as ligações formalmente necessárias entre os vários instrumentos, o consentimento não poderá ser admitido (como válido) [...]” – Cf. VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, cit. p. 23. Nesta sequência, propendemos para considerar, na mesma linha seguida por RUTE SANTOS e DÁRIO MOURA VICENTE que, em sede de convenção arbitral o silêncio não pode ser valorado como declaração negocial porquanto, não obstante a convenção arbitral ser um negócio jurídico bilateral, não se lhe aplicará o disposto no artigo 218.º do Código Civil, já que a LAV não atribuiu qualquer valor negocial ao silêncio de uma das partes, exigindo, ao invés, que a convenção arbitral revista forma escrita. Neste sentido Vide SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais*, cit., p. 177; VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, n.º 2, 2002, p. 994-996.

³⁶ É consentâneo que a validade da convenção de arbitragem terá que ser aferida analisando os seguintes aspetos: as partes (legitimidade das mesmas para celebrarem uma convenção arbitral); vontade das partes (aferir se esta vontade manifestada na convenção de arbitragem não padece de nenhum vício); acordo das partes; arbitrabilidade do litígio que constitui objeto da convenção arbitral; forma (a convenção arbitral terá que revestir forma escrita) e conteúdo – Vide SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais*, cit., p. 169.

³⁷ FREITAS, José Lebre de, *Algumas Implicações da Natureza*, cit., p. 627; PINHEIRO, Luís de Lima, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 129; PINHEIRO, Luís Lima, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 86; GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 127 e CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87 e 88.

³⁸ No sentido de considerar a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator: Conselheiro João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt

abrangido pela convenção de arbitragem.³⁹

Assim, “[n]o plano puramente civil, a convenção de arbitragem: a) implica um tipo de disposição do direito controvertido [...]; b) prefigura uma organização para dirimir o conflito [...]; c) traduz a aceitação do resultado alcançado pelos árbitros, mesmo quando desfavorável.”⁴⁰. Já no campo processual, a convenção arbitral implica “a) a retirada da competência aos tribunais do Estado e a sua atribuição aos árbitros; b) a fixação das regras processuais [...]; c) o regime dos recursos [...]”⁴¹

Na verdade, a convenção arbitral não é “um puro contrato material, uma vez que tem efeitos processuais: basta ver que retira competência ao foro comum, permitindo, neste, erguer uma exceção de preterição do tribunal arbitral.”^{42 43}

Deste modo, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico bilateral, mediante o qual as partes acordam em submeter a arbitragem determinado litígio⁴⁴, atual ou eventual, mas necessariamente arbitrável⁴⁵, renunciando, desse modo, à possibilidade desse mesmo litígio ser dirimido pelos tribunais estaduais (efeito negativo da convenção de arbitragem).⁴⁶

Embora a convenção arbitral seja, aderindo ao entendimento de RAÚL VENTURA⁴⁷, um contrato, é certo que desse mesmo contrato não emergem obrigações

³⁹ É o denominado efeito negativo da convenção arbitral consagrado no artigo 5.º da LAV e que constitui o reverso da medalha do efeito positivo consistente na atribuição de poder jurisdicional aos tribunais arbitrais. Nas palavras de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, o efeito negativo da convenção de arbitragem, em sim mesmo, “[...] significa apenas a exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para conhecerem do litígio abrangido por tal convenção”. Cf. CAMELO, António Sampaio, *A reforma da lei da arbitragem voluntária*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, A. 2, APA Almedina, 2009, p. 14.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87.

⁴¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87.

⁴² CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 87.

⁴³ A propósito da exceção da preterição do tribunal arbitral recomenda-se a leitura do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1, datado de 10-03-2011, Relator Conselheiro: Lopes do Rego, disponível em www.dgsi.pt que decidiu no sentido da procedência da exceção de preterição do tribunal arbitral. Em sentido diverso, e tendo decidido pela improcedência daquela exceção, vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 477/11.8TBACN.C1, datado de 19-12-2012, Relatora Desembargadora: Albertina Pedrosa, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ “[a] convenção de arbitragem não soluciona nem pretende solucionar qualquer litígio, mas apenas providenciar sobre meios de solução.” - VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 299.

⁴⁵ A propósito da arbitrabilidade do litígio vide SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais*, cit., p. 172; PINHEIRO, Luís de Lima, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 147 e 148; PINHEIRO, Luís Lima, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 103 e 104; GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 135 a 143.

⁴⁶ O efeito negativo da convenção arbitral não constitui conteúdo desta. Na verdade, “[a] vontade das partes não se dirige a excluir a jurisdição estatal, mas sim a constituir um tribunal arbitral; a exclusão da jurisdição estadual resulta – quanto à vontade das partes – só reflexamente e é sancionada pela lei, através de meio técnico que [...] é a exceção de preterição do tribunal arbitral.” - VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 380.

⁴⁷ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 301.

em sentido técnico, mas sim um direito potestativo para as partes, traduzível na faculdade de cada uma delas, autonomamente, poder constituir um tribunal arbitral para a resolução de um litígio eventual ou já existente, ficando, deste modo, a outra parte sujeita a uma vinculação.^{48 49}

Na verdade, caso uma das partes vinculada pela convenção de arbitragem venha a propor uma ação num tribunal estadual, tendo como objeto um litígio abrangido por aquela convenção, a outra parte, invocando a exceção de preterição do tribunal arbitral, estará, não a sancionar o incumprimento da parte que recorreu ao tribunal estadual mas, somente, a exercer o seu direito potestativo emergente da celebração da convenção arbitral.

A convenção de arbitragem é, assim, uma manifestação da autonomia privada⁵⁰ através da qual emerge um direito potestativo para as partes, correspondente à faculdade de constituir um tribunal arbitral para dirimir um litígio existente ou futuro.

Assim, as partes subscritoras da convenção arbitral poderão, a todo o momento, desencadear, com base nessa convenção, um processo arbitral contra a parte com quem a celebrou. O que acontece porém quando a convenção de arbitragem foi celebrada entre várias partes mas, a ação arbitral foi apenas intentada contra uma delas, e a parte não participante pretende intervir ou uma das partes iniciais do processo pretende o chamamento dessa parte à ação? São estas e outras questões a que nos propomos dar resposta no capítulo seguinte.

2. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS⁵¹

2.1. CONCEITO DE TERCEIRO

⁴⁸ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 301.

⁴⁹ “[d]a convenção de arbitragem resultam assim apenas ónus para as partes (ónus de propor a ação no tribunal arbitral; ónus de excecionar a preterição do tribunal arbitral)”- FREITAS, José Lebre de, *Algumas Implicações da Natureza*, cit., p. 640.

⁵⁰ Relativamente à autonomia da vontade na elaboração da convenção arbitral recomenda-se a leitura de SANTOS, António Marques dos, *Nota Sobre a Nova Lei Portuguesa Relativa à Arbitragem Voluntária – Lei n.º 31/86, de 29 de agosto*, in *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, Volumen IV, 1987, p. 32 - 35.

⁵¹ Na linguagem legal inglesa designa-se de “*intervention and joinder of parties*”. Porém Miguel Galvão Teles prefere a denominação de “*addition parties*”, com a qual tendemos a concordar uma vez que, ao falarmos em adição de partes torna-se mais claro que estamos a falar de partes que não eram partes iniciais no processo e que se vão “adicionar” àquelas. Cf. TELES, Miguel Galvão, *Addition of parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, A. 3, APA, Almedina, 2010, p. 47.

Em processo civil, quando falamos em terceiro referimo-nos a um sujeito que não é parte na ação. “[d]eterminado quem é parte, diz-se terceiro todo aquele que não é, ainda que seja titular dum interesse que justificaria a sua intervenção na causa, ou que o legitime a atuações processuais autónomas [...]”⁵²

Também em processo arbitral, o terceiro, será aquele que não é parte na ação arbitral.⁵³ Porém, tendo presente a natureza contratual da convenção de arbitragem, fonte atribuidora de poderes jurisdicionais ao tribunal arbitral, impõe-se questionar: terceiro será aquele que subscreveu a convenção de arbitragem, mas não figura como parte na ação? Ou o terceiro assume essa qualidade porque não subscreveu a convenção arbitral e, portanto, enquanto parte não contraente não poderá sequer estar sujeito a arbitragem?

É precisamente a estas e a outras questões que supervenientemente surgirão na explanação desta matéria a que nos propomos responder. Podendo adiantar desde já que, apenas o sujeito que subscreveu a convenção de arbitragem e não consta do processo arbitral como parte inicial integra o conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral pois que, o artigo 36.º, n.º 1 da LAV exige a vinculação dos terceiros à convenção arbitral para que possam intervir num processo arbitral pendente. Quanto à pessoa que não é signatária da convenção de arbitragem, esta já não se pode enquadrar no conceito terceiro para efeitos do processo arbitral uma vez que, não sendo subscriitora da convenção de arbitragem, não poderá ser parte no processo arbitral como melhor se explicará posteriormente.

Posto isto, propomo-nos a distinguir duas categorias de terceiros: terceiro em relação ao processo arbitral (vinculado à convenção de arbitragem) e terceiro relativamente à convenção arbitral (não signatário da convenção de arbitragem). Dentro desta última categoria faremos ainda uma subdistinção entre a hipótese em que, não obstante o terceiro não ser parte subscriitora da convenção de arbitragem, se encontra vinculado à mesma por força da substituição ou transmissão de posições jurídicas, e aquelas situações em que este terceiro não é signatário da convenção de arbitragem, mas beneficia do efeito dela emergente, encontrando-se a ela vinculado por força da “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários”.

Começaremos por analisar o conceito de terceiros para efeitos do processo

⁵² FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 76.

⁵³ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral* in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2010, p.183.

arbitral, uma vez que o mesmo assumirá uma noção distinta àquela que é conhecida no processo civil. Posteriormente, passaremos à análise da segunda categoria de terceiros, começando por colocar o foco nos terceiros não signatários da convenção de arbitragem, mas que a ela estão vinculados. Subsequentemente, e para finalizar, debruçar-nos-emos sobre a extensão da convenção arbitral a terceiros não signatários.

Com esta categorização e sub categorização do conceito de terceiro, pretendemos, a final, proceder à distinção entre os “verdadeiros terceiros” para efeitos do processo arbitral, mas “falsos terceiros”⁵⁴ em relação à convenção de arbitragem, uma vez que são noções distintas que não devem ser confundíveis, já que a primeira se coloca no plano processual e a segunda no plano material.

Ora, como é sabido, o incidente de intervenção de terceiros no processo civil poderá ocorrer mediante a verificação de determinados requisitos legalmente estabelecidos que revelam a conexão entre os vários interesses em causa, os fundamentos e as pretensões das partes.⁵⁵ Na verdade, para que a intervenção de um terceiro seja admitida, este tem, necessariamente que ter interesse em demandar ou em contradizer⁵⁶, ou seja, tem que ser titular de um interesse idêntico ao do autor ou ao do réu que justifique a sua intervenção ao lado de uma das partes para, igualmente, defender as suas pretensões.

2.2. O CONCEITO DE TERCEIRO PARA EFEITOS DO PROCESSO ARBITRAL

Diferentemente do que ocorre em processo civil, no processo arbitral as coisas passam-se de maneira distinta.⁵⁷ Tal como mencionámos *supra*, é certo que apenas as partes que subscreveram a convenção de arbitragem podem, colocados perante um litígio previsto naquela, exercer o seu direito potestativo de desencadear o respetivo

⁵⁴ A denominação e distinção entre verdadeiros e falsos terceiros é adotada por Miguel Teixeira de Sousa - SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros no Processo Arbitral*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA, n.º 5, 2012, p. 159.

⁵⁵ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UN L, Ano VII, N.º 13, 2006, p. 116; SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Almedina, Vol. II, 2002, p. 518.

⁵⁶ Vide conceito de legitimidade constante do artigo 30.º, n.º 1 do CPC.

⁵⁷ “[n]os tribunais nacionais, é geralmente possível a intervenção de outras partes ou a consolidação de processos separados. Em arbitragem, é difícil, e às vezes impossível, conseguir isso, porque o processo arbitral se baseia no acordo das partes” – REDEFERN, Alan & HUNTER, Martin, *Redefern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 141.

processo arbitral. No entanto, pode acontecer que não obstante a convenção de arbitragem ter sido subscrita por vários sujeitos, a ação arbitral não seja intentada contra todos os que a subscreveram, mas apenas contra alguns ou até mesmo só contra um dos signatários.

Neste caso, ainda que estejamos perante vários sujeitos subscritores da convenção arbitral, a verdade é que, no que diz respeito ao processo arbitral, todos aqueles que não foram demandados aquando da instauração da ação arbitral se consideram terceiros em relação ao processo arbitral.

Quer-se com isto significar que, contrariamente ao que ocorre em processo civil, em arbitragem, deverá entender-se por terceiro alguém que, “não sendo parte inicial, esteja vinculado à convenção arbitral e, por isso, quem possa ser considerado como um terceiro interessado (ou relativo)”⁵⁸. Acresce que o terceiro “[...]tem uma qualidade jurídica distinta de qualquer das partes iniciais”⁵⁹, sendo que, a sua intervenção vai originar “uma situação de cumulação subjetiva”⁶⁰.

Deste modo, resulta evidente que para que estejamos perante um terceiro relativamente ao processo arbitral ele terá, necessariamente, que estar vinculado pela convenção de arbitragem. Aliás, atento o conteúdo do artigo 36.º, n.º 1 da LAV⁶¹, não se afigura qualquer outro conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral que não este.

Acresce ainda que, como mencionámos anteriormente, o terceiro tem que ter uma qualidade jurídica diferente das partes iniciais do processo. Ora, a destrição entre o terceiro e aquele que tem a mesma qualidade jurídica, remete-nos para a distinção entre a figura da habilitação e a figura da intervenção de terceiros⁶² pois, enquanto a primeira visa possibilitar a intervenção no processo de alguém que tem a mesma qualidade jurídica de uma parte e que a vai substituir (artigo 351.º do CPC), a segunda, como vimos, permite a intervenção do sujeito com uma qualidade jurídica distinta das partes iniciais.

Deste modo, podemos concluir estar perante um terceiro em relação ao processo arbitral quando temos um sujeito que, não obstante ter subscrito a convenção arbitral

⁵⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 158-159.

⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 158.

⁶⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 158.

⁶¹ “[s]ó podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respetiva conclusão, quer tenham aderido a ela subseqüentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para efeitos da arbitragem em causa.”

⁶² SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 158.

(originária ou subsequentemente)⁶³, não é parte naquele processo, porque o mesmo foi movido contra outra(s) parte(s) que assinaram a convenção mas não contra aquele. Assim, para efeitos da convenção arbitral ele não é terceiro, tanto mais que a subscreveu, mas, já o será no âmbito do processo arbitral.

Em suma, “terceiro é quem não é parte inicial no processo arbitral, mas que poderia ter sido por estar vinculado à mesma convenção de arbitragem que obriga as partes processuais.”⁶⁴

No entanto, embora o terceiro não figure na relação material controvertida tal como ela foi configurada pelo autor aquando do início do processo arbitral, tal facto não o impende de querer intervir (intervenção espontânea)⁶⁵ ou de ser chamado a intervir nesse mesmo processo (intervenção provocada)⁶⁶, sendo precisamente essa possibilidade que nos leva a abordar a questão da intervenção de terceiros no processo arbitral.

2.3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

2.3.1. A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DAS PARTES E DO TERCEIRO

Aqui chegados, urge aferir em que moldes será feita a intervenção de um terceiro num processo arbitral pendente e quais as condições que terão de estar preenchidas para que essa intervenção possa, efetivamente, operar.

Na nossa atual LAV, a matéria da intervenção de terceiros encontra-se regulada no artigo 36.º⁶⁷. No entanto, nem sempre assim foi. Na anterior LAV (Lei 31/86 de 29

⁶³ Não obstante podermos estar perante uma pessoa que, originariamente, não era parte na convenção arbitral, e portanto não integraria o conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral, a verdade é que se poderá aderir à convenção de arbitragem em momento posterior, ficando, conseqüentemente vinculada por aquela. Para tal, é no entanto necessário que todas as partes da convenção consentam nessa adesão. – Cf. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, José Miguel Judice, José Robin de Andrade, Pedro Metello Nápoles e Pedro Siza Vieira, 2012, p. 72; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 337.

⁶⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p.164-165.

⁶⁵ Será espontânea a intervenção que emerge da vontade do terceiro em ser parte no processo arbitral.

⁶⁶ Falamos em intervenção provocada quando o chamamento do terceiro ao processo é requerido por uma ou ambas as partes do processo arbitral.

⁶⁷ A nível internacional refira-se que a Lei Modelo da UNCITRAL não regula a matéria da intervenção de terceiros em arbitragem, o que justifica que as legislações nacionais que a receberam sejam igualmente omissas nesta matéria, salvo exceções como a lei italiana, belga e a LAV portuguesa aprovada pela lei n.º

de Agosto) a intervenção de terceiros não se encontrava sequer prevista.

Ora, embora a Lei 31/86, de 29 de Agosto, tenha sido reflexo de uma enorme evolução do Direito português no que concerne à autonomização de regulação legal da arbitragem, como forma de resolução alternativa de litígios, e sendo certo que o conceito de terceiro relativamente ao processo arbitral, que *supra* se explanou, era já consentâneo na vigência daquela⁶⁸, a verdade é que, no que tange à matéria da intervenção de terceiros, a mesma não continha qualquer disposição destinada a fixar o seu regime e as suas condições da admissibilidade.

Assim, as regras aplicáveis à intervenção de terceiros, na falta de regulação pelas partes na convenção arbitral, eram as constantes do Código de Processo Civil, o que constituía um contra senso. De facto, constituindo a convenção de arbitragem uma manifestação da vontade das partes⁶⁹ em submeter determinado litígio à arbitragem - regido por regras próprias, tendentes a assegurar a celeridade na resolução da causa e, em paralelo, a retirar competência aos tribunais estaduais - causava alguma estranheza que, caso se colocasse a questão de intervenção de um ou mais terceiros, fossem aplicadas as regras aplicadas nos tribunais estaduais e constantes do Código de Processo Civil.

Com a atual LAV esta problemática dissipou-se, passando a intervenção de terceiros a estar regulada no artigo 36.º, com um regime próprio, adequado à celeridade subjacente à arbitragem, e distinto do previsto no Código de Processo Civil, como aliás a própria natureza da arbitragem impunha.

Ainda assim, as modalidades de intervenção de um terceiro no processo arbitral

63/2011, de 14 de Dezembro, Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 334; TELES, Miguel Galvão, *Addition of parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, A. 3, APA, Almedina, 2010, p. 48 a 50 e 52 a 56.

⁶⁸ Ainda que na vigência da anterior LAV a intervenção de terceiros não se encontrasse regulada era consentâneo admitir-se, relativamente ao conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral que “quando nos referimos à [...] participação de alguém por referência à convenção, estaremos sempre querendo significar que é parte aquele que, sendo parte na convenção, globalmente considerada, é vinculado pela cláusula arbitral relativa ao objeto que, concretamente, releva na ação. Ao invés, será terceiro aquele que, ainda que seja parte na convenção unitariamente percebida, não está vinculado pela cláusula de arbitragem relativa ao objeto que, concretamente, releva na ação.” Cf. SILVA, Paula Costa e, e GRADI, Marco, *A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano*, in RBA, n.º 28, Out – Dez, 2010, p. 45.

⁶⁹ O princípio da autonomia da vontade das partes não é, no entanto, exímio de limites. Na verdade, este princípio encontra-se limitado, entre outros aspetos, pelos princípios fundamentais que regem o processo arbitral: direito de defesa do demandado, princípio da igualdade das partes e princípio do contraditório. A propósito dos restantes limites a este princípio, recomenda-se a leitura de SANTOS, António Marques dos, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 290 a 297.

em curso são as mesmas que se verificam nos tribunais estaduais: intervenção principal, intervenção acessória e oposição.⁷⁰

Já vimos que o artigo 36.º, n.º 1 da LAV exige, para que se possa operar a intervenção de um terceiro, que este esteja vinculado pela convenção arbitral juntamente com as partes iniciais do processo, o que bem se compreende atenta a base contratual da arbitragem.⁷¹

No processo arbitral, e contrariamente ao que se verifica em processo civil, para que opere a intervenção de um terceiro em relação ao processo arbitral, não basta a existência de interesses conexos das partes. Atenta a natureza da jurisdição arbitral e da convenção de arbitragem, o chamamento de um terceiro (intervenção provocada) não poderá ocorrer independentemente da vontade daquele. Na verdade, para que se possa verificar a intervenção, este terá, necessariamente, que expressar a sua vontade em arbitrar, seja em momento anterior ao da intervenção, através da sua subscrição à convenção arbitral, seja aquando da provocação da intervenção, através da sua adesão subsequente à convenção arbitral celebrada entre as partes iniciais.⁷²

Quando o terceiro já subscreveu a convenção arbitral, estando assim em condições de intervir no processo arbitral, e algum dos signatários requiere a intervenção provocada daquele quando o tribunal arbitral já está constituído, esta intervenção só será admitida se o terceiro declarar aceitar a composição atual do tribunal, sendo certo que, no caso da intervenção espontânea, essa aceitação se presume⁷³ (artigo 36.º, n.º 2 da LAV).

Na prática da CCI exige-se que o pedido de intervenção seja efetuado antes da nomeação ou confirmação dos árbitros, de modo a assegurar que todas as partes têm a oportunidade de participar na constituição do tribunal.⁷⁴

Por nós, tendemos a considerar que o facto de o terceiro, cuja intervenção foi

⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 336; FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 184.

⁷¹ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, Comentário aos artigos 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária, disponível em http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Da_conducao_do_processo_arbitral_-_Comentarios_ao_arts._30_a_38_da_Lei_da_Arbitragem_Voluntaria.PDF, cit., p. 718.

⁷² SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 512.

⁷³ Teremos aqui que concluir tratar-se de uma presunção inilidível, sob pena de, ao considerar-se tratar-se de uma presunção *iuris tantum* o terceiro poder opor-se à constituição do tribunal arbitral, em momento posterior à sua intervenção. Ora, cremos que o intuito da norma constante do artigo 36.º, n.º 2 foi precisamente o de impedir que, na intervenção espontânea, o terceiro pudesse opor-se à constituição do tribunal e, assim sendo, a presunção constante daquela norma só poderá ser uma presunção inilidível sob pena de se deixar sair pela janela o que o legislador pretendeu vedar pela porta.

⁷⁴ BREKOUKAKIS, Stavros L., *Third Parties International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, p. 111.

requerida por uma das partes, se ver impedido de eleger um árbitro por não se conformar com o tribunal arbitral que se encontra constituído não é atentatório do princípio da igualdade de tratamento das partes⁷⁵ ⁷⁶ porquanto, a lei prevê expressamente que este tem que consentir na sua intervenção neste caso. Apenas estaríamos numa clara violação daquele princípio caso as partes iniciais do processo tivessem a possibilidade de impor a constituição do tribunal arbitral, nos moldes por si definidos, a um terceiro cuja intervenção provocaram. Possibilidade essa que a lei vedou, precisamente para salvaguardar o princípio da igualdade de tratamento das partes.

A possibilidade de proceder à constituição de um novo tribunal arbitral com a participação do terceiro interveniente “não é seriamente contemplada por ninguém, por ser contrária à eficiência processual e ser considerada como demasiado lesiva para a parte que se oponha à intervenção.”⁷⁷. De facto, “retomar o processo de constituição do tribunal, além da quebra com o(s) contrato(s) de árbitro já concluídos, iria atingir a estabilidade e o prestígio da arbitragem, provocando delongas e postergando situações sedimentadas.”⁷⁸

E o que sucederá no caso de o terceiro não aceitar a composição do tribunal arbitral no momento em que é chamado a intervir? Será que a culminação será a mesma que conhecemos em processo civil? Ficará o terceiro vinculado pelo efeito do caso julgado?

JOSÉ LEBRE DE FREITAS⁷⁹ tende a dar uma resposta positiva defendendo que o terceiro que recuse a sua intervenção (intervenção provocada) ficará abrangido pelo caso julgado, desde que o convite dirigido ao terceiro, após decisão do incidente seja efetuado pela própria parte que o requereu e não pelo tribunal arbitral. Trata-se de uma aplicação analógica do ato de citação no processo arbitral à intervenção provocada de

⁷⁵ O princípio da igualdade de tratamento das partes encontra-se consagrado no artigo 30.º, n.º 1, al. b) da LAV. Diferentemente do que acontecia na anterior LAV (Lei 31/86, de 29 de Agosto) em que se exigia, no artigo 16.º, que as partes fossem tratadas com “absoluta igualdade”, a nova LAV apenas prevê que aquelas sejam tratadas com igualdade. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, considera que é preferível a atual redação do artigo 30.º, n.º 1, al. b), porquanto, “a igualdade de tratamento é, neste domínio, um princípio difícil de aplicar rigidamente.” – CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 673.

⁷⁶ A propósito deste princípio, MANUEL BOTELHO DA SILVA sustentava, na vigência da anterior LAV, que “[s]e o direito de nomeação autónoma de um árbitro é um corolário necessário do princípio da igualdade processual em certos sistemas de constituição do tribunal arbitral, tal implicará a alteração da composição do tribunal no decurso do procedimento como consequência de uma intervenção admitida de terceiro, provocada ou espontânea.”- Cf. SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 522.

⁷⁷ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 721.

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 338.

⁷⁹ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 184.

terceiros que não intervenham no processo.

Na mesma esteira, MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁸⁰ sustenta que “havendo entre todos convenção de arbitragem é de admitir a extensão do caso julgado, mesmo sem nenhuma norma que o refira expressamente.”⁸¹ e isto porque, “[t]endo a convenção de arbitragem efeitos potestativos, qualquer dos seus subscritores pode dar início ao processo arbitral sem que a parte contrária se possa opor. Ora, tal efeito produz-se, evidentemente, contra qualquer parte, seja ela uma parte primitiva ou sucessiva na arbitragem.”⁸²

Por nossa parte tendemos a dar uma resposta negativa. Como vimos, “só pode ser considerado terceiro interveniente alguém que não tenha a mesma qualidade jurídica de qualquer das partes processuais”.⁸³ Ora, o “critério mais simples para a analisar a diferenciação quanto à qualidade jurídica entre a parte inicial e esse interveniente é aquele que pode ser extraído dos limites subjetivos do caso julgado: têm a mesma qualidade (e por isso não podem ser considerados terceiros entre si) os sujeitos que, mesmo sem qualquer regulamentação legal, ficam vinculados ao caso julgado da decisão proferida no processo em que não participaram.”⁸⁴ Posto isto, teremos que concluir que um terceiro, na verdadeira aceção que o termo assume para efeitos do processo arbitral, não poderá ficar vinculado pelo efeito do caso julgado relativamente a um processo em que não participou.

Nesta sequência, e estando colocados perante a hipótese em que, posteriormente à constituição do tribunal arbitral é requerida a intervenção de um terceiro e que este se opõe à sua intervenção por não aceitar a constituição daquele tribunal, não poderá ser retirado nenhum efeito dessa recusa, entenda-se, não poderá o terceiro ficar vinculado ao caso julgado.⁸⁵

Assim, ao entendermos que o terceiro – considerando-se integrado nessa designação aquele que assuma uma qualidade jurídica distinta das partes iniciais do processo arbitral, mas que esteja vinculado convenção arbitral – não fica vinculado ao efeito de caso julgado, consideramos, paralelamente que aquele que assuma a mesma qualidade de uma das partes, seja por força de uma substituição ou transmissão da

⁸⁰ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 275.

⁸¹ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 275.

⁸² GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 275.

⁸³ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 157.

⁸⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 157.

⁸⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 173.

posição de uma das partes da convenção arbitral, o efeito de caso julgado vinculá-lo-á. Neste último caso, e como anteriormente mencionámos, estaremos no âmbito do incidente de habilitação e não de intervenção de terceiros.

Questão diversa coloca-se no caso da intervenção espontânea de uma pessoa que não tenha subscrito a convenção arbitral e que não se encontre vinculada pela mesma, mas que a ela pretende aderir. Nesta hipótese, é ou não necessário o assentimento das partes iniciais?

Esta questão encontra-se hoje ultrapassada uma vez que o artigo 36.º, n.º 1 da LAV prevê expressamente que quando o terceiro não seja parte na convenção arbitral e a ela adira subsequentemente, “[e]sta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem”.

Questão diversa é a de saber se um terceiro que seja parte na convenção arbitral mas não figura no processo arbitral desde o seu início, ao requerer a sua intervenção necessita igualmente do assentimento das restantes partes da convenção arbitral.

A resposta a esta questão encontra-se plasmada na nossa LAV, resultando da letra do artigo 36.º, n.º 3 da LAV que “[a] admissão da intervenção depende sempre de decisão do tribunal arbitral, após ouvir as partes iniciais na arbitragem e o terceiro em causa.” O que significa que a admissão daquela intervenção, não está dependente do assentimento das partes processuais, ou seja, nem as partes iniciais nem o terceiro têm que dar o seu consentimento para que se verifique a intervenção deste último. Assim, a intervenção do terceiro, seja ela provocada ou espontânea, depende somente do controlo pelo tribunal arbitral, apenas devendo ser admitida se “não perturbar indevidamente o normal andamento do processo” e “se houver razões de relevo que a justifiquem.”. Esta condição e controlo da admissão da intervenção de terceiros pelo tribunal arbitral implica que “na ausência na lei reguladora do processo arbitral de qualquer limite temporal imposto à intervenção de terceiro, deva ser em função da perturbação causada nesse processo que se afere a eventual extemporaneidade da intervenção.”⁸⁶

Pretende-se com isto significar que o tribunal arbitral pode admitir intervenção mesmo contra a vontade das partes,⁸⁷ quer estejamos perante uma intervenção espontânea, quer estejamos perante uma intervenção provocada. Nestes termos, temos que concluir que um terceiro que seja parte na convenção arbitral e que requeria a sua

⁸⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros*, cit., p. 174.

⁸⁷ A decisão do tribunal arbitral quanto à intervenção de terceiros é uma decisão interlocutória e, por isso, não é suscetível de recurso.

intervenção num processo arbitral do qual não é, obviamente, parte inicial, não necessita do assentimento das partes iniciais. A letra da lei é clara em prescindir daquele assentimento porquanto, se a celebração da convenção de arbitragem se baseia na vontade das partes, e se aquele terceiro que requer a intervenção figura na convenção arbitral é porque as partes assim o pretenderam. Embora se possa argumentar que não obstante essa ter sido a vontade das partes, estas entendem que, no processo em apreço, esse terceiro não tem legitimidade para figurar nele como parte, é igualmente certo que as questões processuais de arbitragem relacionadas com a intervenção de terceiros, caso não tenham sido reguladas pelas partes, são decididas pelo tribunal arbitral.⁸⁸

JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁸⁹ em comentário ao projeto da nova LAV apresentado em 2010 entendem que, aos requisitos anteriormente mencionados - com base nos quais o tribunal arbitral vai ou não admitir a intervenção - MANUEL BOTELHO DA SILVA⁹⁰ acrescenta o requisito do consentimento das partes. Por nós, tendemos a discordar de JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, não conseguindo vislumbrar, das palavras de MANUEL BOTELHO DA SILVA, que este pretenda adicionar o requisito do consentimento.

Ora, o anteprojeto da nova LAV apresentado em 2009 efetivamente exigia esse consentimento, razão pela qual aqueles autores acrescentam que “a segunda versão da proposta [em 2010] deixou cair a necessidade de consentimento”.⁹¹ Pendemos, no entanto, para interpretar as palavras de MANUEL BOTELHO DA SILVA⁹² de maneira diversa daqueles autores, não aderindo ao entendimento segundo o qual a necessidade de consentimento, na configuração que lhe é dada por aquele autor, tenha caído na segunda versão do artigo 36.º da LAV apresentada em 2010, que aliás se manteve em termos coincidentes com a norma atualmente constante da LAV, naquele mesmo artigo.

De facto, segundo MANUEL BOTELHO DA SILVA⁹³ a questão da necessidade de assentimento das partes originárias perante a intervenção espontânea de um terceiro, dependerá em grande medida da conceção que se adote quanto ao “direito a

⁸⁸ “[s]e o terceiro é parte na convenção de arbitragem, embora não seja parte desde o início do processo arbitral, compete ao árbitro decidir pela sua admissão, em nossa opinião mesmo contra a vontade das restantes partes do processo [...]” - Cf. BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 193.

⁸⁹ CARVALHO, Jorge Morais, GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA, n.º 4, 2011, p. 154.

⁹⁰ SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 531 e 532.

⁹¹ CARVALHO, Jorge Morais e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 154.

⁹² SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 531 e 532.

⁹³ SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 531 e 532.

arbitrar”: “[s]e se conceber o direito de arbitrar não apenas como um direito de arbitrar ou não arbitrar sobre determinada matéria, mas ainda como um direito de arbitrar como se quer e com quem se quer em determinada matéria, a intervenção espontânea de um terceiro não se basta com a verificação de uma conexão suficiente entre as pretensões e da sujeição voluntária de todas as partes a uma arbitragem sobre determinada matéria.”⁹⁴. Não obstante poder deferir-se do *supra* transcrito que este autor exige sempre esse consentimento, a verdade é que este acrescenta, imediatamente a seguir que “[à] luz deste entendimento, não existirá uma obrigação das partes originárias de suportarem a intervenção no processo arbitral de sujeitos que não celebraram consigo qualquer convenção arbitral.”⁹⁵

Ora, se estamos a falar de sujeitos que não celebraram com as partes processuais iniciais nenhuma convenção arbitral, apenas se afiguram dois entendimentos: ou o consentimento a que se refere este autor pretende significar o consentimento das partes na adesão do interessado à convenção arbitral (requisito que ainda hoje se mantém no artigo 36.º, n.º 1 da LAV) ou, caso assim não seja, então teremos que concluir que não estamos verdadeiramente perante terceiros para efeitos do processo arbitral, mas sim perante terceiros em relação à própria convenção de arbitragem e, nessa medida, será sempre necessário o consentimento quer das partes, quer do terceiro em submeter-se à arbitragem.

Com isto, parece-nos que MANUEL BOTELHO DA SILVA não exige sempre o consentimento das partes iniciais para que um terceiro possa espontaneamente intervir no processo arbitral mas apenas, e só, se esse terceiro assumir essa qualidade em relação à convenção arbitral. Não se nos afigurando das palavras daquele autor que esta exigência também se verifique quando o terceiro apenas o é em relação ao processo arbitral, ou seja, um sujeito que é parte na convenção arbitral juntamente com as partes processuais, mas que não figura no processo arbitral. Pelo que, na nossa modesta interpretação, tendemos a concluir que o consentimento das partes, nos moldes em que é configurado por aquele autor, não decaiu com a versão do artigo 36.º da LAV apresentada no projeto da LAV em 2010 e constante da atual LAV, uma vez que as partes da convenção de arbitragem têm sempre que assentir na subscrição da mesma por um terceiro que não a celebrou inicialmente.

Assim, podemos concluir que é necessário o consentimento das partes na

⁹⁴ SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 531 e 532.

⁹⁵ SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes*, cit. p. 531 e 532.

intervenção de um terceiro no processo arbitral, mas esse consentimento prende-se não com a intervenção propriamente dita, – pois a admissibilidade e pertinência da mesma será aferida e decidida pelo tribunal arbitral - mas antes com a adesão deste terceiro à convenção arbitral (artigo 36.º n.º 1 da LAV). Já no caso de o terceiro ter subscrito a convenção arbitral, o consentimento para a sua intervenção é suprido, ficando aquela intervenção apenas sujeita ao controlo por parte do tribunal arbitral nos termos do artigo 36.º, n.º 3 da LAV.

2.3.2. CONTROLO DE ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS PELO TRIBUNAL ARBITRAL

A intervenção de terceiros depende, em primeira instância, e como se vem reiterando, da vinculação do terceiro à convenção de arbitragem pois, só quem esteja vinculado a esta poderá ser considerado terceiro para efeitos do processo arbitral. E este é o primeiro requisito para que possamos equacionar a possibilidade de um terceiro intervir no processo arbitral. No entanto, é evidente, que não basta a vinculação à convenção para que se admita a intervenção do terceiro no processo arbitral, embora ela seja necessária não é, nem pode ser, suficiente. Torna-se, pois, imperioso apurar as razões de relevo que a lei levou em consideração para admitir a intervenção de um terceiro num processo arbitral.

Na vigência da anterior LAV, em que a matéria da intervenção de terceiros não se encontrava regulada, MIGUEL GALVÃO TELES⁹⁶, defendia que existiam três situações em que se justificava a intervenção de terceiros: “ a) [q]uando o alguém alegue o mesmo objeto que o requerente ou invoque um direito incompatível com o pretendido pelo requerente, b) quando o requerente reivindica o crédito total que pode ser qualificado como solidário e os vários requeridos desejam ter a certeza de que os co-credores estão vinculados pela decisão ou que os co-credores têm a certeza de seu direito de recurso; c) quando o requerido pretender que outras pessoas fiquem vinculadas pela decisão para efeitos de eventual exercício do direito de recurso.”⁹⁷

As situações apresentadas por este autor são idênticas às que atualmente constam do artigo 36.º, n.º 3 da LAV e nas quais o legislador entendeu existirem “razões de relevo” que justifiquem a admissibilidade da intervenção de terceiros no processo

⁹⁶ TELES, Miguel Galvão, *Addition of parties*, cit., p. 57.

⁹⁷ TELES, Miguel Galvão, *Addition of parties*, cit., p. 57.

arbitral.

Após a leitura das várias alíneas da norma *supra* mencionada, podemos concluir que existem fortes razões, capazes de justificar a intervenção principal de um terceiro, nos casos de litisconsórcio voluntário ou necessário⁹⁸ entre uma das partes na arbitragem e o terceiro⁹⁹ (al. a)); nos casos de oposição em que o terceiro pretenda formular um pedido contra o demandado com o mesmo objeto que o do demandante mas incompatível com este¹⁰⁰ (al. b)); quando seja invocado um crédito contra o demandado que possa, *prima facie*, ser caracterizado como solidário, e aquele pretenda que os demais possíveis credores solidários fiquem vinculados pela decisão final proferida na arbitragem (al. c)), constituindo esta possibilidade uma intervenção acessória provocada¹⁰¹ e, por fim, quando o demandado pretenda que sejam chamados terceiros, contra os quais possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, do pedido do demandante (al. d)).

As razões *supra* elencadas apenas serão aplicadas e devidamente ponderadas nos casos em que o tribunal arbitral já esteja constituído. O que acontecerá, no entanto, caso a questão da intervenção se coloque num momento anterior à constituição do tribunal arbitral? A propósito desta questão, prescreve o artigo 36.º, n.º 6 da LAV que “a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral só pode ter lugar em arbitragem institucionalizada e desde que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observação do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros”.

Daqui resulta que apenas será admitida a intervenção de um terceiro num momento anterior à constituição do tribunal arbitral nas arbitragens institucionalizadas, uma vez que nestas, embora ainda não exista um tribunal arbitral, existe um órgão administrante capaz de aferir a existência ou inexistência de razões que justifiquem essa intervenção e de assegurar o respeito pelo princípio da igualdade das partes. O que não

⁹⁸ A propósito do litisconsórcio necessário em sede de arbitragem JEAN-FRANÇOIS POUURET e SÉBASTIEN BESSON, consideram que “a junção necessária envolve partes que só podem dispor conjuntamente dos seus direitos e devem ser tratadas como uma parte, de modo que devem nomear um árbitro comum e proceder conjuntamente. Quando apenas um dos requerentes está vinculado pelo acordo de arbitragem, o outro não pode prosseguir perante os tribunais a fim de fugir à arbitrariedade” – Cf. POUURET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed. Thomson/ Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 195 e 196.

⁹⁹ Aqui estaremos perante uma intervenção principal espontânea.

¹⁰⁰ Nesta situação estaremos perante uma oposição espontânea.

¹⁰¹ “a justificação para a intervenção decorre da circunstância de, sem ela o credor solidário não ficar vinculado a uma eventual decisão de improcedência (artigo 531.º CC).” – Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 175.

acontece nas arbitragens *ad hoc*. Pelo que, bem se percebe que nestas últimas a intervenção de terceiros anteriormente à constituição do tribunal arbitral não seja admitida. A permitir-se tal possibilidade “equivalaria a abrir a porta ao caos no subsequente desenvolvimento das mesmas.”¹⁰² Cremos que terá sido nesta razão, e no cumprimento do princípio da igualdade das partes,¹⁰³ que o legislador se baseou para fixar a restrição estabelecida no n.º 6 do artigo 36.º da LAV.

Assim, de tudo o anteriormente explanado podemos concluir que a intervenção de terceiros no processo arbitral é regulada, fundamentalmente, pela convenção arbitral, fonte de todo o processo arbitral, com a inerente vontade das partes que lhe subjaz.¹⁰⁴ O artigo 36.º, n.º 1 da LAV exige, para que se possa verificar a intervenção de um terceiro, que o mesmo esteja vinculado, juntamente com as partes processuais iniciais, a uma mesma convenção de arbitragem.¹⁰⁵ Esta norma contém, assim, nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA,¹⁰⁶ um “sentido permissivo” na medida em que admite a intervenção no processo arbitral de todos aqueles que estiverem vinculados a uma mesma convenção arbitral, e um “sentido delimitativo”, correspondente ao reverso do sentido permissivo, que apenas permite a intervenção dos subscritores daquela convenção. Uma vez que esta norma exclui igualmente a possibilidade de intervenção de todos aqueles que sejam terceiros em relação à própria convenção arbitral, atrevemo-nos a acrescentar que aquela norma consagra ainda um sentido “excludente”, sendo certo, no entanto, que esse sentido já resultaria do próprio princípio da eficácia relativa dos contratos, aplicável à convenção arbitral por força da sua natureza contratual.

A exigência legal, resultante do artigo 36.º, n.º 1 da LAV, de que todos os interessados no processo arbitral estejam vinculados pela mesma convenção arbitral,¹⁰⁷ embora se coadune com a natureza contratual desta, poderá dificultar a intervenção de terceiros no processo arbitral, delimitando e restringindo as possibilidades em que esta intervenção se poderá verificar, desvirtuando, conseqüentemente, as potencialidades

¹⁰² CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 726 e 727.

¹⁰³ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 727.

¹⁰⁴ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 212.

¹⁰⁵ Idêntico entendimento é perfilhado no direito inglês. Neste sentido, veja-se BREKOULAKIS, Stravros L. que dispõe que “[...] no contexto da arbitragem, é geralmente aceite que a capacidade de participar nos processos é exclusivamente determinada numa base contratual. A celebração de um acordo de arbitragem é o requisito indispensável para que uma pessoa participe no processo de arbitragem e seja vinculada pela sentença arbitral.”- BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 166.

¹⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 337.

deste incidente.¹⁰⁸

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO¹⁰⁹, justifica os apertados requisitos para a intervenção de terceiros em arbitragens em curso “[...] na preocupação de se reduzir, na máxima medida possível, a perturbação que essa intervenção inevitavelmente causa na ordenação e condução dos processos arbitrais, em virtude de não estar sujeita ao regime e tramitação que a lei processual civil estabelece para a intervenção de terceiros em ações que corram perante os tribunais judiciais.”¹¹⁰

Por seu turno, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹¹¹ em análise ao artigo 36.º da LAV, menciona que, não obstante a LAV ter ficado dotada “de um preceito pioneiro sobre a intervenção de terceiros em arbitragem”,¹¹² a verdade é que, nos moldes em que ficou, tal norma “não é manuseável: ou se fazia uma opção mais simples, tipo CPC italiano¹¹³, ou se consagrava uma secção à intervenção de terceiros: fácil seria desdobrá-la em quatro ou cinco artigos.”¹¹⁴

Da norma constante do artigo 36.º, n.º 1 da LAV facilmente se vislumbra que o intuito do legislador subjacente a esta opção se prende com a celeridade associada ao processo arbitral. Embora se possa alegar que, no tocante à intervenção de terceiros, temos dois pesos a contrabalançar: a celeridade processual por um lado, e a necessidade da intervenção para a boa resolução do litígio, por outro, tendemos a aderir à escolha efetuada pelo legislador a favor da celeridade, na medida em que pendemos a tomar em consideração que tal opção acautela as expectativas das partes que pretenderem submeter determinado litígio à arbitragem.

De todo o modo, ainda que as partes subscritoras da convenção de arbitragem pretendam assegurar a eventual intervenção de um terceiro em moldes distintos dos regulados na LAV, e em detrimento da celeridade arbitral, poderão sempre fazê-lo

¹⁰⁸ MIGUEL TEIRXEIRA DE SOUSA elenca três vantagens a favor da intervenção de terceiros: i) “evitar a ineficácia da arbitragem pela falta de uma parte necessária e obviar à multiplicação de processos arbitrais pela ausência de uma parte “conveniente”, com o conseqüente risco de proferimento de decisões incompatíveis” ii) “assegurar o princípio da igualdade entre as partes do processo arbitral, dado que, admitindo-se a intervenção de um terceiro as partes desse processo não têm que ficar restringidas àquelas que foram inicialmente escolhidas pelo demandante”, e iii) “obviar a qualquer discrepância entre a vertente substantiva e vertente processual de um litígio.” - SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 151 e 152.

¹⁰⁹ CAMELO, António Sampaio, *A reforma da lei da arbitragem voluntária*, cit., p. 30.

¹¹⁰ CAMELO, António Sampaio, *A reforma da lei da arbitragem voluntária*, cit., p. 30.

¹¹¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 336.

¹¹² CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 336.

¹¹³ O artigo 816 do CPC italiano dispõe “[a] intervenção de terceiros ou a chamada à arbitragem de um terceiro só são admitidas com o acordo do terceiros e das partes e com o consenso dos árbitros.” – Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 336.

¹¹⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 336.

desde que expressamente o prevejam e regulem na convenção arbitral. Tal hipótese advém do carácter supletivo da LAV consagrado no artigo 36.º, n.º 7, que prevê a possibilidade de as partes regularem de maneira diversa a intervenção de terceiros. Deste modo, poderão as partes estipular regras próprias por elas criadas, podendo, inclusive, dispensar a verificação dos requisitos previstos no artigo 36.º, como, por exemplo, admitir a intervenção de um terceiro que não se encontra vinculado à convenção arbitral. Não se esqueça porém, que esta autonomia da vontade das partes não é ilimitada e, por isso, os princípios imperativos da arbitragem têm que ser sempre assegurados. Por outro lado, e com mais segurança, as partes poderão estabelecer as suas regras na convenção de arbitragem através da remissão para as regras constantes de um regulamento de arbitragem institucionalizada¹¹⁵ e distintas das previstas no artigo 36.º, desde que, obviamente, esse regulamento admita e regule a intervenção de terceiros.

Deste modo resulta que as restrições à intervenção de terceiros podem ser facilmente ultrapassáveis com base na vontade das partes porquanto, a regulação da intervenção de terceiros constante da LAV é supletiva, só tendo aplicação caso as partes não regulem a intervenção de terceiros na convenção arbitral.¹¹⁶ Razão pela qual se concebe a exigência da lei em só admitir a intervenção de um terceiro que, juntamente com as partes iniciais, esteja igualmente vinculado à convenção arbitral.

Podemos assim concluir de tudo o anteriormente exposto que em arbitragem, a intervenção de terceiros “tem uma dupla referência: só pode intervir como terceiro o sujeito que for terceiro, simultaneamente em relação ao processo pendente e às partes processuais.”¹¹⁷

Porém, não são só as partes que subscreveram uma convenção arbitral que podem intervir no processo. Na verdade, poderá acontecer que uma parte não seja signatária da convenção arbitral, mas esteja por ela vinculada e, assim sendo, poderá intervir no processo arbitral. É precisamente esta última situação que nos propomos a analisar no capítulo que se segue.

¹¹⁵ Existem alguns regulamentos de arbitragem institucionalizada em que se admite a intervenção de um terceiro mesmo contra a vontade de uma das partes na arbitragem em curso, como se verifica nos regulamentos da CCI, do LCIA, das Câmaras de Comércio Suíças, da Câmara de Comércio e Indústria de Madrid e do Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL e o regulamento da UNCITRAL. – Cf. CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 728.

¹¹⁶ Artigo 36.º, n.º 7 da LAV.

¹¹⁷ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 717.

3. A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL A NÃO SIGNATÁRIOS

Tal como resulta de tudo o anteriormente explanado, a convenção arbitral tem natureza contratual, na medida em que concorrem para a sua formação duas ou mais declarações de vontade concordantes. Por força desta característica da convenção arbitral, aplicar-se-lhe-ão os princípios e regras do Direito dos contratos plasmados no Código Civil, com as adaptações que, obviamente, se afigurem necessárias.

Note-se que, mesmo que se considere que a convenção arbitral não é tecnicamente um contrato, sempre terá que se considerar, com RAÚL VENTURA, que, ainda assim, “ser-lhe-ão aplicáveis as regras gerais dos contratos.”¹¹⁸

Ora, como é sabido, em sede de negócios jurídicos bilaterais, vigora, na lei portuguesa, o princípio da eficácia relativa dos contratos, consagrado no artigo 406.º, n.º 2 do Código Civil, segundo o qual os contratos só produzem efeitos entre as partes que o celebrarem (eficácia *inter partes*).¹¹⁹ Ora, sendo, a convenção arbitral um contrato, este princípio ser-lhe-á igualmente aplicável. O que significa que, em princípio, a convenção arbitral apenas produzirá efeitos entre as partes que a subscreveram, sendo inoperante em relação a todo e qualquer terceiro (pessoa alheia à relação contratual estabelecida entre as partes).

Poder-se-ia pensar que, por força do princípio da eficácia relativa dos contratos, aplicável à convenção arbitral pela sua natureza contratual, esta só produziria efeitos entre as partes que a subscreveram. Porém, nem sempre é assim. De facto, poderá colocar-se a hipótese de pessoas que não tenham subscrito a convenção arbitral virem, no entanto, a participar no processo arbitral porque, embora não a tenham subscrito, estão a ela vinculadas. Daqui se retira que, para nós, o conceito de não signatário não é sinónimo de não vinculação. Como iremos ver mais adiante, podemos ter um terceiro que o é em relação à convenção arbitral, porque não a subscreveu, mas que a ela está vinculado, seja porque se transmitiu para esse terceiro a posição contratual de uma parte subscritora daquela convenção, seja porque aquele terceiro praticou atos que nos levam a presumir que assentiu, ainda que tacitamente, na celebração da convenção arbitral.

Estamos, pois, perante hipóteses em que a natureza da convenção arbitral se vê

¹¹⁸VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 298.

¹¹⁹A propósito do princípio da eficácia relativa dos contratos, analisado na ótica da convenção de arbitragem *vide* SILVA, Paula Costa e, GRADI, Marco, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 53 a 55.

confrontada com situações em que se revela de toda a conveniência dirimir definitivamente um litígio, admitindo, para tal, a intervenção de pessoas não signatárias da convenção de arbitragem.¹²⁰ É precisamente este último grupo de situações que nos propomos a analisar, ou seja, aqueles casos em que a convenção arbitral produz igualmente efeitos em relação a sujeitos que não a subscreveram. Ora, consideram-se não subscritores da convenção as pessoas que não a celebraram em nenhuma das modalidades previstas no artigo 2.º, n.º 2 a 4 da LAV. Porém, situações existem, em que não obstante tal facto, os sujeitos se encontram vinculados pela convenção, sendo essas hipóteses que serão alvo de análise, com todas as dúvidas e dificuldades decorrentes do enquadramento desta temática na natureza contratual da convenção de arbitragem.

É chegado o momento de nos debruçarmos sobre a análise da segunda categoria de terceiros que *supra* mencionámos, ou seja, o terceiro relativamente à convenção arbitral. Sendo certo que, no seguimento da estrutura que vimos seguindo, e atenta a sub categorização que se fez desta categoria, iremos primeiramente proceder à explanação da temática relativa aos terceiros que, não sendo subscritores da convenção arbitral, se encontram por ela vinculados para, posteriormente passarmos à análise da “extensão da convenção de arbitragem” na verdadeira aceção do termo.

A matéria da extensão da convenção arbitral que nos propomos analisar neste ponto tem assumido várias designações, sendo comum depararmo-nos com a abordagem desta questão sob a denominação de arbitragens complexas ou extensão da convenção de arbitragem a não signatários.

Por nós, tendemos a considerar que nenhuma das denominações é inteiramente correta atento o universo de situações que ambas abrangem. No entanto, entre as duas designações, afigura-se-nos que a abordagem desta temática sob a designação de “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários” seja mais correta, uma vez que, ao falarmos em arbitragens complexas estamos a englobar não só a temática da extensão da convenção a não signatários mas, também, outras questões¹²¹ como seja a intervenção de terceiros. Porém, não cremos que aquela denominação seja, também ela, inteiramente correta. Temos, para nós, que a extensão da convenção de arbitragem a não signatários, tal como ela é configurada pela maioria dos autores

¹²⁰ “[s]e assim não for, o processo arbitral não se demonstra tão eficaz como o processo judicial civil em que a intervenção de terceiros é admitida, dentro de certas condições, por disposição legal.” - BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, p. 182.

¹²¹ A propósito das outras questões englobadas nas arbitragens complexas, Cf. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 152.

engloba dois grupos de situações distintas. Na verdade, inclui-se naquela expressão, não só a verdadeira extensão da convenção de arbitragem a terceiros que não a subscreveram e que, à partida, não estarão vinculados por aquela, por um lado, e, por outro lado engloba também os casos em que, na nossa modesta opinião, não estaremos perante uma extensão da convenção de arbitragem, mas apenas perante uma substituição subjetiva ou transmissão da mesma a terceiros que, embora não sendo signatários ficam por ela vinculados, tal como *infra* melhor se explanará.

A discussão desta questão coloca-se atenta a natureza contratual da convenção de arbitragem, uma vez que é precisamente por força desta característica que, como já *supra* se mencionou, lhe são aplicáveis os princípios e regras do direito dos contratos, mormente, o princípio da eficácia relativa dos contratos (artigo 406.º, n.º 2 do Código Civil).

Posto isto, impõe-se questionar se este princípio deverá ser levado até ao fim. Não haverá determinadas situações em que se poderá, ou até deverá, admitir-se a intervenção no processo arbitral, de um terceiro não signatário da convenção de arbitragem?¹²²

Antes de darmos uma resposta, afigura-se da maior pertinência procedermos à definição do termo de terceiro que aqui nos ocupa, já que este assume um significado distinto daquele que abordámos a propósito da intervenção de terceiros no processo arbitral.

3.1. O CONCEITO DE TERCEIRO RELATIVAMENTE À CONVENÇÃO ARBITRAL

Nesta sede, e contrariamente ao conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral, terceiro será toda a pessoa (singular ou coletiva, de direito privado ou de direito público) que não seja parte subscritora da convenção arbitral.¹²³ Sublinhe-se que, com isto apenas se pretende significar que esse terceiro não subscreveu a convenção arbitral nem a ela se encontrava vinculado *ab initio* aquando da celebração da mesma. O que não obsta a que, posteriormente, e em certos casos, que *infra* melhor se analisarão, esse

¹²² Na jurisprudência dos Estados Unidos e de França a sujeição à arbitragem de um terceiro que não subscreveu a convenção arbitral é tendencialmente admissível. - FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 191.

¹²³ Sobre o conceito de terceiro para efeitos de extensão da convenção arbitral *vide* BORGES, Carla Gonçalves e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, in VI Congresso de Cento de Arbitragem Comercial, Almedina, 2013, p. 121.

terceiro fique vinculado pela convenção arbitral ainda que não a subscreva.

Assim, nos casos em que opera uma transmissão ou substituição de uma parte que subscreveu a convenção de arbitragem por outrem, o terceiro será “uma pessoa que não subscreveu a convenção de arbitragem”¹²⁴ mas que se torna “parte do processo arbitral, porque, tendo a mesma qualidade jurídica de uma parte inicial do processo arbitral (subscritora da convenção), fica vinculada ao caso julgado da decisão proferida nesse processo, independentemente de nele haverem participado [...]”¹²⁵

Clarificando, o terceiro em relação à convenção de arbitragem é uma pessoa que não a subscreveu nem se encontra vinculado pela mesma. Ora, se assim é, está fácil de ver que esta pessoa não será terceiro para efeitos do processo arbitral pois, como vimos, para que se possa considerar alguém como terceiro relativamente ao processo arbitral e possa intervir ou ser chamado a intervir enquanto tal, é imperativo que o mesmo esteja vinculado pela convenção de arbitragem. Assim, e partindo do conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral que vimos reiterando, a pessoa que não se encontre vinculada pela convenção de arbitragem (terceiro em relação à convenção arbitral), não pode ser considerado terceiro em relação ao processo arbitral. Razão pela qual, não se nos afigura correto afirmar que uma pessoa que não subscreveu a convenção, nem a ela se encontra vinculado seja simultaneamente terceiro em relação à convenção de arbitragem e ao processo arbitral. Na verdade, tal hipótese é de impossível verificação pois, se uma pessoa é terceiro relativamente à convenção de arbitragem não pode ser terceiro para efeitos do efeito arbitral. Ao invés, se um sujeito assume a qualidade de terceiro num processo arbitral então, necessariamente, encontra-se vinculado pela convenção e, portanto, não é terceiro em relação a ela.

E a diferença não é só de conceito. Na verdade, a intervenção de terceiros e a extensão da convenção arbitral a não signatários são figuras distintas uma da outra porquanto, a primeira é estritamente processual e a segunda coloca-se num plano material.

Resulta evidente do anteriormente exposto que, no Direito português, “a extensão da convenção arbitral a não subscritores tem um recorte mais amplo do que o da intervenção de terceiros na arbitragem, dado que o problema daquela extensão se coloca em relação a qualquer não signatário da convenção arbitral, ainda que este, por ter a mesma qualidade jurídica de um dos subscritores, possa tornar-se parte da

¹²⁴ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 715.

¹²⁵ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 715.

arbitragem através da habilitação (e não através da intervenção de terceiros).”¹²⁶

A temática da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários é muito mais abrangente do que o instituto da intervenção de terceiros, abrangendo não só os casos em que se opera uma transmissão ou substituição de uma das partes da convenção de arbitragem por outra parte, que passa a estar, nessa sequência, vinculada à convenção arbitral, como ainda inclui as situações em que se verifica um “alargamento do litígio a outras partes.”¹²⁷

Não estamos, pois, perante uma questão de cumprimento de requisitos legais contidos na LAV para a celebração de uma convenção arbitral, como os contidos no artigo 1.º e 2.º, mas sim perante uma hipótese diversa que se consubstancia, já não na celebração de uma convenção arbitral, mas antes na extensão dos efeitos de uma convenção de arbitragem pré-existente a um terceiro que não a subscreveu.¹²⁸

3.2. A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: POR TRANSMISSÃO, SUBSTITUIÇÃO OU POR ADESÃO

Vejamos então as situações em que se vislumbra admissível a vinculação de um terceiro a uma convenção arbitral que não subscreveu. Pensamos naquelas situações em que, apesar de o terceiro não ser formalmente signatário da convenção arbitral, deve ser considerado parte. Pode suceder que o terceiro venha a integrar a convenção arbitral por força de uma alteração subjetiva de relações jurídicas, que incluíam uma convenção arbitral -podendo esta alteração operar-se por transmissão da posição jurídica do subscritor originário ou por substituição deste. Por outro lado, pode ainda acontecer que, fazendo uma análise casuística, se possa concluir que o sujeito, embora não tenha celebrado expressamente uma convenção arbitral, adotou uma postura que nos leva a presumir que, pelo menos tacitamente, consentiu na sua celebração. Por fim, pode ainda ser necessário considerar que um não signatário se encontra vinculado pela convenção de arbitragem quando se verificarem determinadas situações que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica. Em todas estas hipóteses estaremos colocados perante situações em que, apesar de terceiro não ter subscrito a convenção

¹²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 160.

¹²⁷ CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral*, cit., p. 717.

¹²⁸ Cf. BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

arbitral, existem razões para que a ela esteja vinculado. É o que MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA denomina de “falsos terceiros” perante a convenção arbitral mas “verdadeiros terceiros” perante o processo arbitral.¹²⁹

Esta distinção entre “verdadeiros” e “falsos terceiros”, à qual aliás aderimos por se nos afigurar da maior correção de termos, justifica que, tal como *supra* se mencionou, seja imperativo distinguir entre os terceiros não signatários e não vinculados (“terceiros indiferentes ou absolutos”¹³⁰ em relação à própria convenção arbitral)¹³¹ e os terceiros que, não obstante não terem subscrito a convenção arbitral, se encontram por ela vinculados (“falsos terceiros” em relação à convenção arbitral mas “verdadeiros terceiros” em relação ao processo arbitral).

Iremos começar por analisar as hipóteses em que se verifica uma alteração subjetiva de uma relação jurídica (onde se inclui uma convenção arbitral) resultante da transmissão ou substituição da posição de uma das partes a um terceiro, dedicando-nos posteriormente à análise do caso específico em que existe, verdadeiramente, uma extensão da convenção arbitral a terceiros que não a subscreveram nem assumiram a posição de uma das partes iniciais da convenção arbitral por força da transmissão da mesma.

Ora, como é sabido, existem certas figuras e negócios jurídicos, mediante os quais se opera, por transmissão da posição contratual, uma modificação subjetiva da relação jurídica inicial. Posto isto urge questionar se, contendo esses contratos uma convenção arbitral, esta também sofre uma modificação subjetiva.

As figuras jurídicas onde mais frequentemente se discute esta questão são as seguintes:

- i) a sucessão
- ii) a cessão da posição contratual
- iii) a cessão de crédito
- iv) a transmissão singular de dívidas
- v) a sub-rogação
- vi) a novação
- vii) o contrato a favor de terceiro

¹²⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 159.

¹³⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 159.

¹³¹ Estaremos aqui perante terceiros que não subscreveram a convenção arbitral nem a ela se encontram vinculados por qualquer outro meio (transmissão, extensão, etc.). Estamos a falar de terceiros em relação à própria convenção de arbitragem. Em relação ao processo arbitral, eles não são terceiros nem assim podem ser considerados, porquanto não se encontram vinculados pela convenção de arbitragem.

viii) o contrato para pessoa a nomear

Nos casos de sucessão, cessão da posição contratual, cessão de crédito, transmissão singular de dívidas, sub-rogação e novação objetiva, afigura-se-nos que talvez fosse mais correto falar-se, de “transmissão da convenção arbitral” ao invés de extensão da mesma a não signatários porquanto, o conceito de extensão sugere que as partes inicialmente contratantes se mantêm e que apenas se verifica um alargamento da convenção arbitral a partes que não a subscreveram, ficando assim a convenção arbitral a vincular mais interessados do que aqueles que vinculava aquando da sua celebração. Na verdade, não é isso que se passa nos casos *supra* referidos. O que se pode concluir das figuras jurídicas mencionadas, como *infra* melhor se demonstrará, é que a convenção arbitral apenas sofre uma alteração subjetiva por transmissão da posição jurídica de uma parte a um terceiro.

Nestas situações a regra, tal como no Direito inglês¹³², é a da transferência automática das cláusulas compromissórias, segundo a qual o consentimento geral do cessionário para assumir o contrato principal é suficiente para aceitar a convenção arbitral nele contida.

De facto, não se verifica nenhum acréscimo de partes subscritoras mas, tão só, a substituição de uma parte signatária por outra pessoa que, não obstante não ter sido, nem ser, signatária, passa a estar, por força da transmissão, vinculada pela convenção arbitral. Como refere CARLA GONÇALVES BORGES¹³³ “[n]a verdade, nestas situações, verifica-se apenas o funcionamento de mecanismos contratuais, através do quais pessoas, que eram terceiros no momento da celebração da convenção, passam a ser partes ou a substituir, para aquele efeito, uma parte do contrato.”¹³⁴

Já no que diz respeito aos contratos a favor de terceiro e contratos para pessoa a nomear, não se nos afigure aceitável falar aqui em transmissão porque, na verdade, não se verifica apenas uma mudança subjetiva por substituição de uma parte por outra, mas sim uma modificação subjetiva por adesão de uma nova parte à convenção arbitragem. De facto, nestes dois tipos de contratos o que se verifica é uma modificação quantitativa de partes na convenção, nos restantes casos em que falamos de transmissão, o que se verifica é uma modificação qualitativa, em que a qualidade uma das partes se transmite

¹³² BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 29.

¹³³ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 136.

¹³⁴ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 136.

para outra, deixando a parte “originária” de figurar no contrato e na cláusula compromissória que este inclui.

Efetivamente, nestes dois tipos de contratos não se concebe que falemos em transmissão, mas também não se nos afigura aceitável falar em “extensão” da convenção de arbitragem a terceiros não signatários porquanto, o que se verifica no contrato a favor de terceiro é uma adesão, ainda que posterior, do terceiro à convenção de arbitragem¹³⁵ já anteriormente celebrada entre as partes iniciais e no contrato para pessoa a nomear o que há é uma substituição de uma pessoa por outra nos seus direitos e obrigações¹³⁶. Ora, tanto num caso como no outro, se o terceiro adere à promessa e, conseqüentemente, para nós, à convenção arbitral (contrato a favor de terceiro) ou se vincula a um contrato, por ratificação ou procuração, ficando instituído nos direitos e obrigações da parte substituída, onde se inclui uma convenção arbitral (contrato para pessoa a nomear) ele deixa de ser terceiro em relação à mesma e passa a ser parte. Passando a ser parte daquela convenção por força destes dois contratos devemos falar antes em adesão posterior do terceiro àquela convenção. Talvez possamos falar em adesão cumulativa no contrato a favor de terceiro, na medida em que, e permita-se o pleonismo, a adesão do terceiro vai cumular com as partes que inicialmente a celebraram, e, no contrato para pessoa a nomear tratar-se-á antes de uma adesão substitutiva porquanto, e passando novamente a redundância, o terceiro vai substituir uma parte que inicialmente existia na convenção arbitral. Posto isto, não se vislumbra, para nós, que estas situações constituam uma “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários.”

No entanto, atento o facto de esta temática ser enquadrada maioritariamente na problemática da extensão da convenção de arbitragem a não signatários, ou arbitragens complexas, e tendo presente que já anteriormente excluimos esta última designação por ser demasiado abrangente e não se direccionar somente para o ponto que agora nos ocupa, abordaremos o tema referindo-nos sempre a extensão da convenção arbitral a

¹³⁵ No sentido de aceitar que a convenção de arbitragem vincula o terceiro apenas quando este adere à promessa e, conseqüentemente, à convenção, *vide* CARVALHO, Jorge Morais e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 123 e BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 128.

¹³⁶ “no contrato para pessoa a nomear, uma vez ratificada a nomeação [...], um dos contraentes desaparece, sendo-lhe substituído o nomeado que passa a figura o contrato como se tivesse sido contraente desde a sua celebração. – Cf. CAMPOS, Diogo de Leite, *Contrato a favor de terceiro*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 1991, p. 75. A propósito da abordagem da questão sobre o prisma da transmissão da convenção de arbitragem *vide* CARVALHO, Jorge Morais e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 124.

não signatários, visando, deste modo, uma abordagem mais perceptível e isenta de dúvidas.

Sublinhe-se que, nesta sede, e por referência à transmissão de uma convenção de arbitragem na modalidade de cláusula compromissória, o conceito de não signatário não é, nem pode ser, confundível com a não vinculação à convenção de arbitragem. Na verdade, ao falarmos da transmissão da cláusula compromissória a terceiros não signatários, referimo-nos àqueles terceiros que, embora não tenham subscrito a convenção arbitral estão a ela vinculados.

E note-se que, tal situação não é confundível com a hipótese em que estamos perante um processo arbitral já em curso e se verifica a sucessão ou transmissão da posição processual ocupada inicialmente pelo transmitente. Nesta hipótese, já não estaremos perante uma transmissão da convenção de arbitragem, não ficando o “transmissário” vinculado pela mesma,¹³⁷ mas sim mediante um incidente processual de habilitação¹³⁸ através do qual aquele intervém no processo arbitral com a mesma qualidade jurídica e em substituição de uma parte que inicialmente figurava naquele processo. Tal situação não será, no entanto, objeto de análise da presente exposição.

Iremos, assim, focar a nossa atenção apenas nos casos de transmissão da convenção de arbitragem, mormente, na modalidade de cláusula compromissória porquanto, apenas quando falamos de uma cláusula compromissória inserida no contrato podemos pressupor que a mesma é cognoscível pelo terceiro a quem, em determinadas situações, se transmitirá a convenção de arbitragem. Ao invés, caso estejamos colocados perante um compromisso arbitral ou uma convenção de arbitragem redigida em documento autónomo do contrato principal, entendemos, na esteira de JOSÉ LEBRE DE FREITAS¹³⁹, que “a oposição dela (convenção de arbitragem) ao terceiro adquirente só poderá [...] ter lugar se ele dela tiver tido conhecimento e o ato de aquisição, assunção ou ratificação tiver sido feito sem reserva; caso contrário, dependerá da vontade do terceiro a sua sujeição à jurisdição arbitral.”¹⁴⁰. Posição que

¹³⁷ Na hipótese de a transmissão ocorrer na pendência do processo arbitral, sustentamos, juntamente com PAULA COSTA E SILVA que, tais casos, não podem “ser qualificados como hipóteses em que um terceiro fica vinculado à convenção de arbitragem”. Cf. SILVA, Paula Costa e, GRADI, Marco, *A Intervenção de Terceiro*, cit., p. 60.

¹³⁸ Nesta sede, *vide* PAULA COSTA E SILVA que, a propósito da habilitação de terceiros, sustenta que “[e]sta ocorre sempre que seja necessário – em casos de sucessão universal ou singular mortis causa – ou possível – nos casos de sucessão universal inter vivos ou de transmissão de coisa ou direito litigioso – operar uma troca de sujeitos que ocupam a posição de parte na ação.” - SILVA, Paula Costa e, GRADI, Marco, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 46.

¹³⁹ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

¹⁴⁰ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

bem se compreende uma vez que, sendo a convenção de arbitragem um contrato, o terceiro, ao ocupar a posição de uma das partes no contrato, por força da transmissão, tem que ser conhecedor dos termos desse negócio jurídico processual. Não poderá, pura e simplesmente impor-se o cumprimento de um contrato, traduzível na submissão de um litígio à arbitragem, a um terceiro que ignora por completo a existência de uma convenção de arbitragem.

Tanto mais que, a transmissão da convenção arbitral altera a situação contratual anterior de uma dupla forma “[p]or um lado, ela impõe, em caso de litígio, o recurso à arbitragem de uma nova parte, o cessionário, ou, mais comumente o beneficiário da transmissão da convenção de arbitragem. Por outro lado, impõe ao co contraente inicial da parte que transmitiu a convenção de arbitragem enfrentar, ativa ou passivamente, um adversário com o qual não contratou originariamente.”¹⁴¹

Posto isto, é chegado o momento de procedermos à análise de cada uma das figuras jurídicas anteriormente mencionadas, no âmbito das quais a questão da transmissão da cláusula compromissória a terceiros não signatários se coloca frequentemente.

3.2.1. TRANSMISSÃO POR MORTE OU EXTINÇÃO

Nos termos do artigo 4.º, n.º 4 da LAV “ [s]alvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância arbitral”.

Parece aflorar nesta norma o princípio da impessoalidade da convenção arbitral, uma vez que a posição da parte numa convenção arbitral se transmite para o seu sucessor, quer o processo arbitral ainda não se tenha iniciado, quer o mesmo esteja já em curso. Posto isto, parece poder deferir-se que a convenção arbitral não é celebrada *intuitu personae* pois, a morte ou a extinção de pessoa coletiva não a faz caducar, verificando-se, ao invés, a sua transmissão para o sucessor da parte subscritora.

RAÚL VENTURA¹⁴² e ARMINDO RIBEIRO MENDES¹⁴³ defendem, a este propósito a impessoalidade da convenção de arbitragem. Sustenta este último autor que, nestes casos, “a convenção de arbitragem não é celebrada *intuitu personae*. A morte de

¹⁴¹ FOUCHARD, Philippe & GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage comercial international*, Libraire de la Cour de Cassacion, p. 440.

¹⁴² VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 395-396.

¹⁴³ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 73

uma pessoa singular ou a extinção de uma pessoa coletiva, só por força de acordo das partes pode acarretar a extinção da convenção de arbitragem.”¹⁴⁴

Não obstante aderirmos ao entendimento segundo o qual o carácter impessoal da convenção arbitral constitui a regra, pensamos que é exagerado afirmar-se que aquela nunca é celebrada *intuitu personae* apenas pelo facto de não caducar por morte ou extinção de uma parte. Perfilhamos assim do entendimento de CARLA GONÇALVES BORGES ¹⁴⁵, ao considerar que “a questão deve ser colocada precisamente ao contrário, isto é, só pelo facto de a convenção não ser celebrada *intuitu personae* é que não caduca nessas situações, pois de outro modo caducaria: as partes teriam convencionado nesse sentido, tal como ressalvado no preceito.”¹⁴⁶

3.2.2. TRANSMISSÃO ENTRE VIVOS

3.2.2.1. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

A cessão da posição contratual pode ser definida como o contrato através do qual uma das partes cede a sua posição contratual a outra parte que passará a assumir o lugar da parte originária. Esta figura surge, mais frequentemente como “fenómeno acessório de uma outra operação jurídica”¹⁴⁷. O que irá operar por força da cessão da posição contratual é uma transmissão de uma relação contratual de um sujeito (cedente) que figurava inicialmente nessa relação, para outro sujeito (cessionário). Não estamos, pois, perante a extinção de uma relação e o surgimento de uma nova, estamos, isso sim, perante a mesma relação contratual que, por força da cessão, passará para a titularidade de outra pessoa.

Atenta a natureza contratual da convenção arbitral as partes podem, no domínio da sua autonomia privada, ceder a sua posição contratual, seja através da cessão dessa posição na própria convenção de arbitragem, seja através da cessão da posição contratual no contrato em que aquela se insira. Centrando-nos nesta última hipótese, resulta claro que recorrendo a este negócio jurídico, as partes podem transmitir a convenção de arbitragem a um terceiro de acordo com o disposto no artigo 424.º, n.º 1

¹⁴⁴ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit. p. 73.

¹⁴⁵ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 137.

¹⁴⁶ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 137.

¹⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida Editora, 1970, p. 114.

do Código Civil, ou seja, “desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.”, ou seja, a cessão apenas produzirá efeitos se todos os contraentes acordarem na negociação.

Quando a cessão da posição contratual relativa à convenção arbitral opera por meio de cessão da posição contratual no contrato em que aquela se insere, coloca-se a questão de saber se o cessionário tem que assentir expressamente na sua vinculação à convenção arbitral, parte integrante do contrato cedido, ou se, ao invés, essa cessão opera de forma automática.

Propendemos para o entendimento segundo o qual essa aceitação por parte do cessionário opera de forma automática, salvo acordo expresso das partes. Poder-se-ia invocar, em desfavor deste tese, a autonomia da cláusula compromissória relativamente ao contrato em que se insere. Não cremos, no entanto, que este argumento possa ter provimento uma vez que, não obstante se defender a autonomia da cláusula compromissória, essa autonomia encontra-se intimamente relacionada com o efeito positivo da convenção de arbitragem. O que significa que o princípio da autonomia¹⁴⁸ da convenção de arbitragem apenas se consagra nos casos de apreciação da convenção arbitral, fonte atribuidora de poder jurisdicional ao tribunal arbitral, para que este afira da sua própria competência¹⁴⁹, e nos casos de nulidade do restante contrato em que está inclusa a cláusula compromissória, permitindo aos árbitros manterem a sua competência, apesar da declaração de invalidade ou ineficácia do contrato litigioso. Na nossa ótica, deverá ser essa a única interpretação que resulta da leitura do artigo 18., n.º 2 e 3 da LAV.

Na verdade, “o cessionário de um contrato, invocando os direitos concedidos [por essa cessão] não pode escapar à cláusula de arbitragem contida no contrato cedido.”¹⁵⁰

Não obstante a relevância do princípio da autonomia da cláusula compromissória relativamente ao contrato principal, a verdade é que a sua aplicação estrita, mormente nos casos de cessão da posição contratual, prejudicaria “a essência e o propósito da

¹⁴⁸ Na doutrina francesa, certos autores preferem a designação deste princípio como princípio da independência ou da separabilidade da cláusula compromissória inserida num contrato por considerarem que estes termos estão em maior consonância com a realidade. – Cf. SERAGLINI, Christophe & ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de L'Arbitrage Interne et International*, cit., p. 86.

¹⁴⁹ Princípio da *kompetenz kompetenz* que permite aos árbitros serem “os juízes da sua competência”. A este propósito vide CAMELO, António Sampaio, *A reforma da lei da arbitragem voluntária*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, A. 2, APA Almedina, 2009, p. 14 e 15 e p. 23 a 26.

¹⁵⁰Cf. FOUCHARD, Philippe & GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage*, cit., p. 443 e 444.

cessão.”¹⁵¹[...]. “O princípio da autonomia da cláusula compromissória não constitui nenhum impedimento à transmissão automática da cláusula compromissória.”¹⁵²

Deste modo, não poderá invocar-se a autonomia da cláusula compromissória quando estejamos perante uma cessão da posição contratual, através da qual se opera, salvo acordo entre as partes em sentido diverso, a cessão integral daquela posição (com inclusão da cláusula compromissória) e não apenas parcial. Tendemos assim a aderir ao entendimento de MANUEL PEREIRA BARROCAS¹⁵³ segundo o qual “não existe legalmente, salvo acordo expresso em contrário, uma cessão apenas parcial da posição contratual. Se a cessão é feita *tout court*, sem exceções, e ela inclui uma cláusula compromissória, esta fica necessariamente incluída na cessão.”¹⁵⁴ Entendimento este que valerá igualmente para hipótese em que o outro contraente, não obstante ter consentido na cessão, pretende excepcionar da mesma a convenção arbitral. Neste caso, a intransmissibilidade da convenção arbitral apenas operará se aquele negociar com o cessionário essa possibilidade, já que não se afigura possível o consentimento apenas parcial.

STAVROS L. BREKOULAKIS¹⁵⁵ vai ainda mais longe, considerando que “a regra da transferência automática não sugere que uma cláusula de arbitragem será transferida se, e apenas se, o contrato principal for validamente transferido. Pelo contrário, as regras sugerem que o consentimento geral do cessionário no contrato principal seria suficiente para a atribuição válida da cláusula compromissória.”¹⁵⁶

Assim, salvo acordo expresso das partes em sentido contrário, a convenção arbitral que faça parte integrante de um contrato em que haja cessão da posição contratual, transmitir-se-á automaticamente para o cessionário no quadro dessa cessão. Requisito necessário é, somente, a existência de consentimento de todos os contraentes.¹⁵⁷

Não obstante, e por força o princípio da liberdade contratual o cessionário poderá negociar com o outro contraente a exclusão da cláusula compromissória do contrato cedido. Logicamente que, o cessionário que não queira ficar vinculado pela

¹⁵¹ BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties*, cit., p. 32.

¹⁵² BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties*, cit., p. 33.

¹⁵³ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁵⁴ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁵⁵ BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties*, cit., p. 40.

¹⁵⁶ BREKOULAKIS, Stavros L., *Third Parties*, cit., p. 40.

¹⁵⁷ A favor deste entendimento, *vide* ainda BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 138; VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 396 e GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 154.

convenção arbitral poderá sempre não aceitar a própria cessão, caso em que simplesmente inexistente o próprio negócio de cessão da posição contratual.

Esta questão não se confunde, no entanto, com a hipótese de o cedente e o cessionário poderem entre eles celebrar uma convenção arbitral que vise um litígio, eventual ou atual, emergente da própria cessão da posição contratual, situação que é isenta de dúvidas quanto à sua admissibilidade.

3.2.2.2.CESSÃO DE CRÉDITOS

A cessão de créditos constitui “um contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do seu crédito”.¹⁵⁸

Este contrato encontra-se previsto e regulado no artigo 577.º, n.º 1 do CC que prevê a possibilidade de o credor poder ceder a um terceiro uma parte ou totalidade de um crédito, independentemente do consentimento do devedor. Nestes termos, resulta evidente que, contrariamente ao que acontece na cessão da posição contratual, aqui, o negócio não depende do consentimento do devedor. E esta desnecessidade de consentimento aplica-se, quer estejamos perante uma cessão total do crédito, quer a cessão seja apenas parcial.

Nesta aceção, o termo cessão, como, e bem, menciona ANTUNES VARELA¹⁵⁹, “tanto designa o acto (contrato) realizado entre cedente e cessionário, como o efeito fundamental da operação (a transmissão da titularidade do crédito).”¹⁶⁰

Posto isto, impõe-se questionar se o objeto da cessão é somente o crédito, ou parte dele, ou se esta engloba igualmente a posição do cedente na convenção arbitral.

Ao invés do que se verifica na cessão da posição contratual em que a transmissão da convenção arbitral com aquela cessão não é alvo de grande discussão, no tocante à cessão de créditos a questão exige uma maior acuidade na sua análise uma vez que, neste caso, o negócio da cessão não depende do consentimento do devedor.

Existem, assim, duas posições que podemos adotar nesta matéria. A primeira delas passará por se considerar que o objeto da cessão é apenas o crédito, ou parte dele, não abrangendo a posição do cedente quanto à convenção de arbitragem. Em sentido

¹⁵⁸ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 295.

¹⁵⁹ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 296.

¹⁶⁰ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 296.

diverso, temos uma segunda corrente, seguida por ANTUNES VARELA¹⁶¹, RAÚL VENTURA¹⁶², MANUEL PEREIRA BARROCAS¹⁶³ e ARMINDO RIBEIRO MENDES¹⁶⁴, que perfilham do entendimento segundo o qual, com a cessão do crédito ou parte dele, se transmite igualmente ao cessionário a posição do cedente quanto à cláusula compromissória.

A propensão para a adesão a uma ou outra posição dependerá da qualificação que façamos da convenção arbitral como acessório, ou não, do direito cedido. E isto porque, atento o conteúdo do artigo 582.º do CC “[n]a falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido [...]”.

Resulta assim evidente que, se qualificarmos a convenção de arbitragem como um direito acessório do direito de crédito cedido, então, com a cessão de créditos transmitir-se-á igualmente a convenção arbitral. Já se considerarmos que aquela convenção não integra um direito acessório então, ela não se transmitirá aquando da cessão.

A propósito da cessão de créditos existem autores, que embora não coloquem a tónica na transmissão da convenção arbitral, centram-se na discussão sobre a transmissão de direitos potestativos conexos com o crédito.

Ora, como *supra* mencionado, perfilhamos do entendimento de RAÚL VENTURA¹⁶⁵, segundo o qual o direito emergente da celebração de uma convenção arbitral é um direito protestativo traduzível na faculdade de constituir um tribunal arbitral para dirimir determinado litígio. Na sequência de tal afirmação, teremos que concluir que, sendo a cessão de créditos “um negócio de cessão entre duas pessoas, a que o outro sujeito da relação jurídica principal é alheio, pois a lei prescinde do seu consentimento”¹⁶⁶ tal facto, “não pode eliminar o direito que para esse outro sujeito resulta da dita convenção.”¹⁶⁷.

Em sede de transmissão dos direitos potestativos na cessão de créditos, MOTA

¹⁶¹ “[e]ntre os acessórios que, além das garantias acompanham o direito transmitido, contam-se a [...] o compromisso arbitral (estabelecido para a hipótese de o crédito ser contestado) e outras convenções que porventura integrem o regime da obrigação.” - VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 325.

¹⁶² VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 397-398.

¹⁶³ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁶⁴ MENDES, Armino Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 74.

¹⁶⁵ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 301.

¹⁶⁶ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 397.

¹⁶⁷ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 397-398.

PINTO¹⁶⁸ distingue entre os direitos potestativos suscetíveis de serem transmitidos isoladamente (direitos potestativos autónomos) e os direitos potestativos insuscetíveis de transmissão isolada. Este autor, no entanto, não enquadra a convenção de arbitragem em nenhuma das categorias que divisa, pelo que nos caberá efetuar essa tarefa.

Precipitadamente poder-se-ia pensar que, sendo a cláusula compromissória autónoma relativamente ao contrato em que se insere, ela constituiria um direito potestativo autónomo. Porém, estamos no campo de duas autonomias diferentes que não se podem confundir. Uma coisa é o princípio da autonomia da cláusula compromissória que permite assegurar a validade e a eficácia da convenção arbitral incluída num contrato nulo. Coisa distinta é o direito potestativo que emerge dessa cláusula compromissória.

A convenção de arbitragem faz emergir um direito potestativo para as partes de submeterem determinado litígio a arbitragem, encontrando-se esse direito inegavelmente ligado a uma relação contratual. De facto, é a relação contratual onde está inserida a convenção de arbitragem que fez com que as partes previssem a eventualidade da ocorrência de um litígio e decidissem dirimir o mesmo com recurso aos tribunais arbitrais. Se assim é, não se nos afigura que possamos, na classificação de MOTA PINTO¹⁶⁹, considerar este direito potestativo como autónomo, pois ele não é suscetível de ser transmitido de forma individualizada do contrato em que se insere, bem ao invés, e como *infra* melhor se explicará, entendemos que a convenção arbitral e o direito potestativo daí emergente se encontra inseparavelmente ligado ao crédito transmitido.

Por esta razão, transmitindo-se o crédito, transmite-se igualmente o direito potestativo dependente e resultante da cláusula compromissória. Na verdade, “a sua existência (da convenção de arbitragem) autónoma, separada do crédito, não teria legitimidade; daí que partilhem o destino da obrigação singular a que se ligam, transferindo-se para o cessionário do crédito.”¹⁷⁰ Embora não se referindo especificamente à cláusula compromissória, MOTA PINTO¹⁷¹ defende precisamente que “[s]e o direito está ligado ao crédito [...], é dependente dele e deve transmitir-se, sem mais, com a cessão do direito de crédito. Se, não estando essencialmente ligado ao crédito neste sentido, o direito potestativo, todavia, concerne a relação contratual [...]

¹⁶⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 235 a 257.

¹⁶⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 235 a 257.

¹⁷⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 245.

¹⁷¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 239.

transmitir-se-á com a relação contratual.”¹⁷².

Deixando de lado a classificação da convenção de arbitragem como direito acessório ou como direito potestativo dependente ou autónomo e colocando somente a tónica na cessão de créditos, mediante a qual se opera uma mera modificação subjetiva quanto à titularidade dos mesmos, CARLA GONÇALVES BORGES ¹⁷³ entende que “não se pode afastar o direito que para o devedor cedido resulta da convenção de arbitragem, pelo que esta tem de se “estender” ao cessionário.”¹⁷⁴

Por nós, propendemos para a aderir à corrente segundo a qual a convenção arbitral se transmite com o direito cedido, não por ser um direito acessório do direito do crédito transmitido, mas sim porque estando a convenção arbitral intimamente ligada ao crédito cedido, a cessão do crédito implica, necessariamente, a cessão da posição contratual relativa àquela convenção¹⁷⁵, uma vez que a existência desta está inegavelmente ligada à existência do crédito.¹⁷⁶ Nas palavras de MANUEL PEREIRA BARROCAS¹⁷⁷, “[s]e assim não fosse, e dada a desnecessidade de acordo do devedor, [...] a cessão do crédito passaria a não ser possível sem o acordo do devedor, o que seria um contrassenso, a menos que o devedor renunciasse à cláusula arbitral.”¹⁷⁸

3.2.2.3. TRANSMISSÃO SINGULAR DE DÍVIDAS

A transmissão singular de dívidas, também comumente designada de assunção de dívida, consubstancia-se na assunção de um novo devedor na relação creditícia, podendo ser definida como o acordo entre um terceiro e devedor através do qual aquele fica obrigado a satisfazer a dívida deste ao credor. Na transmissão de dívida apenas opera uma modificação subjetiva na relação inicialmente estabelecida, na medida em que se verifica a assunção de um terceiro numa dívida vinculativa de outro sujeito.

A assunção de dívida pelo novo devedor pode exonerar o antigo devedor do cumprimento da obrigação (“assunção liberatória”)¹⁷⁹ ou pode ser cumulativa, gerando

¹⁷² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 239.

¹⁷³ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 140; BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 125.

¹⁷⁴ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 140; BORGES, Carla Gonçalves e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 125.

¹⁷⁵ Neste sentido, cf. BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁷⁶ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 156.

¹⁷⁷ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁷⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 185.

¹⁷⁹ Também se pode designar de assunção exclusiva ou privativa de dívida. Cf. - VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 362.

uma obrigação solidária entre o novo e o antigo devedor (“assunção cumulativa”)¹⁸⁰ podendo o credor, nesta última hipótese, cobrar a dívida a qualquer um dos devedores ou a ambos em conjunto.

A transmissão da dívida pode efetuar-se por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor (artigo 595.º, n.º 1 do CC), ou por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem o consentimento do antigo devedor (artigo 595.º, n.º 2 do CC), sendo certo que, em qualquer um dos casos é obrigatório que o credor seja chamado para dar o seu consentimento ao negócio.

Relativamente à questão da transmissão da convenção de arbitragem com a assunção de dívida, coloca-se o mesmo problema que vimos anteriormente a propósito da cessão de créditos, uma vez que o artigo 599.º, n.º 1 CC prevê que “com a dívida transmitem-se para o novo devedor, salvo convenção em contrário, as obrigações acessórias do antigo devedor que não sejam inseparáveis da pessoa deste”. Porém, e contrariamente ao que se verifica na cessão de créditos, o artigo 595.º, n.º 1 do CC exige, para que a dívida se transmita, a ratificação pelo credor e pelo novo devedor, o que faz com que estejamos perante um paralelismo com a cessão da posição contratual¹⁸¹, uma vez que para que a dívida se transmita, é necessário o consentimento quer do credor, quer do novo devedor quanto à convenção arbitral.

Feito este introito parece-nos legítimo concluir que, fazendo o mesmo raciocínio que fizemos a propósito da cessão da posição contratual “o transmissário numa cessão de dívidas (ou seja, o novo devedor) considerar-se-á presumidamente vinculado ao acordo de arbitragem que tenha sido pactuado no contrato do qual emerge a dívida transmitida.”¹⁸²

Porém, também aqui a doutrina diverge. A norma contida no artigo 599.º, n.º 1, do CC leva a que JOSÉ LEBRE DE FREITAS¹⁸³, CARLA GONÇALVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO¹⁸⁴, considerando a convenção de arbitragem como acessório da dívida transmitida, concluem pela transmissão da convenção de arbitragem com a cessão da dívida, salvo se as partes acordarem em sentido diverso ou se se concluir, através da interpretação da convenção de arbitragem, que a mesma foi

¹⁸⁰ Podendo também designar-se de co-assunção de dívida, acessão ou adunção à dívida, assunção multiplicadora ou reforçativa da dívida. – Cf. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 362.

¹⁸¹ CARVALHO, Jorge Morais e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 120.

¹⁸² HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade?*, disponível em <http://portal.oa.pt/upl/%7B069d2092-6da0-4e0c-96cc-de54850203cb%7D.pdf>, p. 176.

¹⁸³ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 191 e 192.

¹⁸⁴ BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 125.

celebrada *intuitu personae* e que, por isso, é inseparável da pessoa do antigo devedor.

Ao invés, RAÚL VENTURA¹⁸⁵, baseando-se no mesmo preceito considera que “[a]dmitindo que, por força deste preceito, interpretando latamente a palavra “obrigação” como “posição passiva, o ônus do antigo devedor resultante da convenção de arbitragem recaísse sobre o novo devedor, não se vê como para este se transmitiria a posição ativa resultante da convenção de arbitragem.”¹⁸⁶

Por sua vez, CARLA GONÇALVES BORGES¹⁸⁷ considera que a lógica deve ser precisamente a oposta, isto é, “[s]e nada se estipular em contrário, deve entender-se que a convenção de arbitragem, enquanto acessório da dívida transmitida, se transmite também”¹⁸⁸.

STRAVROS L. BREKOULAKIS¹⁸⁹ defende nesta sede a aplicabilidade da regra da transferência automática da convenção de arbitragem.

Por nossa parte tendemos a considerar que a convenção de arbitragem se transmite com a transmissão da dívida, não por ser uma obrigação acessória, mas sim porque, havendo aqui um paralelismo com a cessão da posição contratual, uma vez que se exige o consentimento quer do credor, quer do novo devedor, não se vislumbra, por maioria de razão, que se possa defender que a convenção arbitral se transmite na cessão da posição contratual e já não se transmita na assunção de dívida.¹⁹⁰ Em desfavor desta tese poderá sempre argumentar-se que o novo devedor poderá consentir na transmissão da dívida e não consentir na transmissão da convenção arbitral. Porém, não cremos que este argumento possa ter procedência pois, encontrando-se a convenção arbitral intimamente ligada à dívida, o novo devedor, ao aceitar a dívida, aceita a cláusula compromissória por esta não ser separável daquela. De facto, tendo as partes originárias previsto que qualquer litígio emergente daquela relação (entre credor e devedor) seria dirimido com recurso à arbitragem, transmitindo-se a dívida, transmitir-se-á com ela a convenção arbitral. Inexistindo a dívida inexiste igualmente o fundamento que motivou as partes a preverem a convenção de arbitragem. Assim, não sendo a convenção arbitral

¹⁸⁵ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 398.

¹⁸⁶ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 398.

¹⁸⁷ BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 125;

¹⁸⁸ BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 125; BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 140-141; Aderindo ainda a este entendimento, cf. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 158.

¹⁸⁹ BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 44.

¹⁹⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS partilha também do entendimento segundo o qual a convenção arbitral se transmite com a assunção de dívida – Cf. FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

autónoma¹⁹¹ em relação àquela dívida – na medida em que com ela se encontra intimamente conexcionada - a mesma terá que se transmitir ao novo devedor. Não se afigura possível transmitir a dívida sem a convenção arbitral nem vice-versa.

Assim, caso o novo devedor não queira ficar vinculado pela convenção arbitral tem uma de duas hipóteses: ou recusa a transmissão de dívida ao antigo devedor ou ao credor – uma vez que para que haja cessão de dívida é necessário o seu consentimento – e, neste caso nem poderemos falar de assunção de dívida, ou celebra um acordo adicional ao contrato de transmissão de dívida, a revogar a convenção de arbitragem prevista naquele.

E o mesmo se diga na hipótese de o credor não pretender ficar vinculado pela convenção arbitral na relação com o novo devedor pois, uma vez que este tem igualmente que dar o seu consentimento para a transmissão da dívida poderá optar por recusar a cessão, não celebrando o acordo com o novo devedor ou, poderá não consentir na celebração do acordo de transmissão de dívida entre o antigo e o novo devedor, conforme o caso, não se transmitindo nestes casos, nem a dívida nem, obviamente, a convenção de arbitragem, como poderá ainda, e em alternativa, celebrar com o novo devedor um novo acordo em que exclui a convenção de arbitragem.

3.2.2.4.SUB-ROGAÇÃO

Contrariamente à figura anteriormente vista, a sub-rogação¹⁹² constitui uma modalidade de transmissão singular de direitos de crédito, andando assim a “paredes meias com a cessão de crédito”¹⁹³, podendo também constituir apenas um meio de conservação de garantia patrimonial.

A sub-rogação enquanto transmissão singular de um crédito pode ser definida como “[...] a substituição do credor, na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao cumprimento.”¹⁹⁴

Para uma maior clareza na discussão dos efeitos da sub-rogação relativamente à

¹⁹¹ Nesta sede, não se confunda esta autonomia com o princípio da autonomia da cláusula compromissória relativamente ao contrato. O que aqui se pretende significar com a expressão “autonomia” é tão só a ligação de tal modo estrita entre a dívida e a convenção que aquela não poderá ser transmitida sem esta.

¹⁹² Nas palavras de Eduardo Santos Júnior, a sub-rogação é “uma instituição útil e a que preside um sentido de equidade [...]” – Cf. JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da sub-rogação como forma de transmissão de créditos: algumas questões e respostas*, in Revista de Direito Civil, Ano 0, Almedina, 2015, p. 61.

¹⁹³ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 334.

¹⁹⁴ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 335 e 336.

convenção arbitral, importa começar por distinguir as duas situações distintas de sub-rogação pessoal previstas no Código Civil.

A sub-rogação pode ser voluntária ou legal. Certo é que, independentemente da modalidade que assuma, a sub-rogação é “um instituto que, [...] concilia o útil e o justo: como por muitos afirmado, a ninguém prejudica e a todos pode aproveitar.”¹⁹⁵

Dentro da sub-rogação voluntária temos dois tipos de sub-rogação pessoal¹⁹⁶: uma que se prende com a sub-rogação como meio de conservação da garantia patrimonial, que se encontra prevista e regulada nos artigos 606.º a 609.º do CC, e uma outra situação de sub-rogação em que se verifica a substituição de uma pessoa por outra e que constitui uma das formas de transmissão de direito de crédito (artigos 589.º a 594.º do CC).

A sub-rogação pessoal do credor ao devedor (prevista e regulada nos artigos 606.º a 609.º do CC) traduz-se na substituição do credor ao seu devedor como meio de conservação da garantia patrimonial. Estamos aqui perante uma sub-rogação propriamente dita, uma vez que não há uma substituição do titular do direito.

Nesta sequência, tendemos a considerar, com CARLA GONÇALVES BORGES¹⁹⁷, que “tratando-se do exercício de um direito resultante de um contrato que contém uma cláusula de arbitragem, o credor terá que seguir a via arbitral, tal como aconteceria se o procedimento fosse iniciado pelo devedor.”¹⁹⁸

Assim, nesta modalidade de sub-rogação será de admitir, salvo estipulação em contrário, a transmissão da convenção arbitral. Nesta sequência, a convenção de arbitragem vinculará o sub-rogado que beneficiará dela nos mesmos termos que o sub-rogado beneficiava antes da sub-rogação já que, depois desta, o sub-rogado deixa de ser titular da convenção arbitral.

A outra situação de sub-rogação pessoal, regulada nos artigos 589.º a 594.º do CC, consiste na hipótese de um terceiro cumprir uma obrigação que lhe é alheia, seja cumprindo no lugar do devedor, (artigo 589.º e 590.º do CC), procedendo ao pagamento da dívida, seja proporcionando ao devedor os meios necessários para o cumprimento da obrigação (através de empréstimo de uma quantia monetária ou de outra coisa fungível).

¹⁹⁵ JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da sub-rogação como forma de transmissão de créditos*, cit., p. 62.

¹⁹⁶ Falamos em sub-rogação pessoal quando opera a substituição de uma pessoa por outra. O que não se confunde com a sub-rogação real que consiste na substituição de uma coisa por outra.

¹⁹⁷ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 141.

¹⁹⁸ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 141. Igual entendimento é perfilhado por José Lebre de Freitas - FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

Deste modo, o terceiro substitui-se nos direitos do credor contra o respetivo devedor.

Não obstante os pontos de contacto entre esta modalidade de sub-rogação e a figura de cessão de créditos, a verdade é que estamos perante figuras jurídicas diferentes. Enquanto na cessão de créditos estamos perante um contrato celebrado entre o credor e o terceiro, através do qual aquele cede a este um crédito, sem necessidade de consentimento do devedor, na modalidade de sub-rogação pessoal, enquanto forma de transmissão de direitos de crédito, estamos perante a realização de uma prestação do devedor por parte de um terceiro ou por parte do devedor, mas com meios que lhe foram disponibilizados pelo terceiro. Neste último caso o que se verifica não é uma extinção da obrigação, mas antes a sua transmissão – o devedor deixou de estar obrigado perante o credor originário e passou a estar obrigado perante o terceiro. Esta transmissão tanto pode operar por via legal (sub-rogação legal), quando o terceiro seja interessado direto na satisfação do crédito (artigo 592.º, n.º 1 do CC) ou quando tenha garantido o cumprimento em momento anterior¹⁹⁹, como voluntariamente quando haja uma declaração de sub-rogação pelo devedor ou pelo credor ao terceiro. A diferença com a cessão de créditos reside pois no facto de, na sub-rogação legal, não ser exigível o consentimento do devedor e do credor, e na sub-rogação voluntária pessoal pelo devedor na desnecessidade de consentimento do credor.

Por outro lado, na sub-rogação, o sub-rogado apenas poderá exigir do devedor o que efetivamente pagou, já na cessão de créditos o cessionário pode exigir a totalidade da dívida ao devedor, já que aquele é titular, por força da cessão, da totalidade do crédito.

As diferenças entre a sub-rogação e a cessão de créditos não ficam, no entanto, por aqui. Também no que diz respeito à função de uma e outra figura é possível vislumbrar diferenças entre elas. Na verdade, embora ambas as figuras se traduzam, em última instância, na transmissão de um crédito, a cessão de créditos é uma figura direcionada para a circulação do crédito enquanto a sub-rogação está mais vocacionada para a compensação de um terceiro por ter realizado a prestação de outrem ao credor²⁰⁰. A sub-rogação será, em algum sentido, mais uma instituição de equidade²⁰¹.

¹⁹⁹ O terceiro pode ter garantido previamente o cumprimento, por exemplo, porque hipotecou ou deu caução de uma coisa que lhe pertence.

²⁰⁰ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 336 e 337.

²⁰¹ JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da sub-rogação como forma de transmissão de créditos*, cit., p. 70

VAZ SERRA²⁰² olhava a sub-rogação como “ um meio de reconhecer ao terceiro um direito de indemnização, embora sob a forma de uma transferência de crédito, destinando-se a facilitar o cumprimento por terceiro [...]”²⁰³

Este entendimento merece, no entanto, a crítica de ANTUNES VARELA²⁰⁴ argumentando que “[p]or um lado, há aspetos essenciais da sub-rogação como sejam a transmissão das garantias dos acessórios do crédito, que não encontram a menor ressonância no regime dum direito nascido ex novo na titularidade do lesado, como é o direito à indemnização. Por outro lado, a ideia de reparação do dano aparece ligada [...] ao sofrimento dum prejuízo por facto ilícito de outrem [...]. E não se coaduna, ou mal se concilia com a prática espontânea de um ato que o próprio lesado leva a cabo [...]”²⁰⁵

Acaba por concluir este autor que a sub-rogação é uma modalidade de transmissão de crédito. Conclusão que merece a nossa adesão não obstante se afigurar que, embora sendo uma modalidade de transmissão de crédito é diferente da transmissão de um crédito que opera através da cessão de créditos.

Como *supra* mencionámos, tendemos a ver a sub-rogação como uma “compensação”, mas não se entenda aqui por compensação, indemnização nem tão pouco se confunda com o instituto de compensação previsto e regulado no artigo 847.º e seguintes do Código Civil. Tratar-se-á sim de uma compensação no sentido em que o devedor, por força da sub-rogação operada nos termos do artigo 589.º e 590.º do CC, fica instituído nos direitos e obrigações do antigo credor, podendo exercê-los sobre o devedor nos mesmos termos em que aqueles poderiam ser exercidos pelo antigo credor. Aqui, não é o credor que cede o seu crédito ao novo credor como sucede na cessão de créditos. Na verdade, é o sub-rogado que, ao satisfazer o crédito junto do credor, transmite para a si o crédito extinguindo-se o mesmo na esfera jurídica do antigo credor. E é precisamente neste facto que reside a compensação do sub-rogado: porque liquidou voluntariamente uma dívida alheia é compensado ao assumir a posição do antigo credor.

Embora a figura da sub-rogação pelo credor seja aquela que mais se assemelha da cessão de créditos, vimos que são figuras diferentes: “[o]ra, na sub-rogação, o terceiro não compra o crédito, antes realiza ao credor originário a prestação respetiva.

²⁰² SERRA, Adriano Vaz, *Sub-rogação nos Direitos do Credor*, in Separata do n.º 37 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1953, p. 62.

²⁰³ SERRA, Adriano Vaz, *Sub-rogação nos Direitos do Credor*, cit., p. 62.

²⁰⁴ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 355 e 356.

²⁰⁵ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 355 e 356.

Na cessão de crédito, o que o cessionário paga é o preço da compra do crédito e não o valor da dívida do devedor ao credor.”²⁰⁶

Importa ressaltar que a nossa tese, nesta sede, em nada se confunde com o instituo da novação porquanto, sendo a novação objetiva o que existe é uma nova obrigação mas perante o mesmo credor, o que não ocorre em sede de sub-rogação, uma vez que aqui há uma alteração subjetiva pessoa do credor. Por outro lado, também não se confunde com a novação subjetiva pois, embora seja certo que há uma mudança subjetiva, é igualmente certo que a obrigação do devedor se mantém inalterada. O que mudou foi a pessoa a quem o devedor tem que cumprir essa obrigação.

Ora, como vimos *supra*, para que opere a sub-rogação legal não se exige que haja consentimento do devedor e do credor, assim como igualmente não se exige que se verifique o consentimento do credor no caso da sub-rogação pessoal pelo devedor. No entanto, em ambas as hipóteses de sub-rogação pessoal voluntária é sempre necessário que exista uma declaração expressa do sub-rogante, que será o credor (artigo 589.º do CC) ou devedor (artigos 590.º e 591.º do CC) consoante o caso. Relativamente à exigência de declaração expressa pelo credor, ANTUNES VARELA²⁰⁷ justifica esta exigência legal “quer pela conveniência de facilitar a resolução das questões de prova [...] quer pelo compreensível interesse de forçar o credor a ser preciso na atribuição do tratamento excepcional que envolve a sub-rogação.”²⁰⁸ Já no tocante a igual exigência por parte do devedor pretende-se acautelar a posição do terceiro, assegurando os efeitos da sua atuação, ou seja, ficar sub-rogado nos direitos do credor originário.

A questão que se coloca também a propósito desta modalidade de sub-rogação enquanto forma de transmissão de crédito é a de saber se com este negócio se transmite igualmente a convenção de arbitragem.

O artigo 594.º do CC manda aplicar o disposto nos artigos 582.º a 584.º do CC. Ora, como vimos a propósito da cessão de créditos o artigo 582.º prevê que “a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente” e caso não haja convenção das partes em sentido contrário. Nos termos desta remissão ANTUNES VARELA²⁰⁹ considera que “o artigo 594.º estabelece o paralelo entre o regime da cessão e o da sub-rogação [...] São a afirmação do princípio da equiparação entre as

²⁰⁶ JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da sub-rogação como forma de transmissão de créditos*, cit., p. 75.

²⁰⁷ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 341.

²⁰⁸ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 341.

²⁰⁹ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 351.

duas formas de transmissão dos direitos de crédito.”²¹⁰

Resulta assim evidente que, para todos aqueles que considerem a convenção arbitral como acessório do crédito cedido, a mesma vai transmitir-se com a sub-rogação.

Nestes termos, RAÚL VENTURA²¹¹ perfilha do entendimento segundo o qual o facto de o artigo 594.º do CC remeter para o artigo 582.º do CC justifica a aplicação das considerações tecidas a propósito da cessão de créditos²¹² e, portanto, a convenção arbitral transmitir-se-á também neste caso, uma vez que esta deverá, para este efeito, ser considerada um dos elementos do crédito. Razão pela qual, ficando o terceiro sub-rogado nesse crédito ficará, conseqüentemente, e salvo estipulação em contrário pelo credor e devedor, vinculado pela convenção arbitral.

Na mesma linha de raciocínio ANTUNES VARELA²¹³ sustenta que “[j]untamente com o direito à prestação, transmitem-se para o sub-rogado, quer as garantias (pessoais ou reais), quer os acessórios do crédito, que não sejam inseparáveis da pessoa do primitivo credor.”²¹⁴

Assim, para estes autores o regime aplicável à cessão de créditos (artigo 582.º do CC) será igualmente aplicável na sub-rogação por força da remissão operada pelo artigo 594.º do CC para aquela norma, regime que aliás está também previsto para a transmissão singular de dívidas (artigo 559.º do CC). Solução que bem se compreende porquanto, e como vimos *supra* a propósito da cessão de créditos, estes autores vêm a convenção de arbitragem como um acessório do direito transmitido. Ora, se assim é, e se o regime da sub-rogação remete, nesta sede, para o regime aplicável na cessão de créditos então, transmitir-se-á ao sub-rogado a convenção de arbitragem, desde que, não haja convenção em contrário e a mesma não tenha sido celebrada *intuitu personae*.

Por seu turno, MARIANA FRANÇA GOUVEIA²¹⁵, considera que “[a] cláusula arbitral, sem esquecer a sua natureza contratual, deve ser considerada para este efeito um dos elementos do crédito, pelo que o terceiro fica sub-rogado nos direitos dela resultantes, exceto se existir convenção prévia em contrário entre credor e devedor ou a cláusula tiver, na relação jurídica concreta, carácter pessoal.”²¹⁶

Por nossa parte, e em coerência com o que já anteriormente defendemos a

²¹⁰ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 351.

²¹¹ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 398

²¹² VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 398; BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 141; BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 179.

²¹³ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 349.

²¹⁴ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 349.

²¹⁵ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 157.

²¹⁶ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 157.

propósito da transmissão da convenção de arbitragem com a cessão de um crédito, tendemos a considerar que com a sub-rogação o terceiro fica igualmente sub-rogado ao credor relativamente à convenção de arbitragem²¹⁷, não por ser um acessório do crédito transmitido, mas sim porque a convenção arbitral se encontra intimamente ligada ao crédito transmitido. Pelo que, assim sendo, com a transmissão do crédito do antigo para o novo credor, transmite-se igualmente a convenção de arbitragem.

3.2.2.5. NOVAÇÃO

A novação tanto pode ser objetiva como subjetiva.²¹⁸

Sendo objetiva, apenas se verifica a assunção pelo devedor de uma nova obrigação perante o credor, em substituição da obrigação anterior, mantendo-se a relação subjetiva inalterada, já que não se verifica a intervenção de nenhum terceiro (artigo 857.º do CC).

De modo a apurar se as partes se mantêm vinculadas à convenção de arbitragem estipulada para a obrigação anterior é necessário aferir a vontade das partes relativa à novação. Tratar-se-á de apurar se as partes pretendem que a convenção arbitral se aplique à nova obrigação ou se esta desaparece juntamente com a obrigação anterior.²¹⁹

Assim, se concluirmos que a vontade das partes foi no sentido de se aplicar a convenção arbitral à nova obrigação, quer porque estas o tenham expressamente estipulado, quer porque aquela se mantém em vigor na relação contratual, então a novação não afetará a vinculação à convenção arbitral, que se manterá. Ao invés, se se concluir da interpretação da vontade das partes, que a convenção arbitral desaparece juntamente com a obrigação anterior, as partes deixarão de estar vinculadas por aquela.

Contrariamente, a doutrina francesa²²⁰ considera que, não obstante a novação objetiva ser uma causa de extinção de obrigações e de criação de obrigações novas, as partes permanecem vinculadas à cláusula compromissória estabelecida no contrato principal a partir do qual resultaram estas novas obrigações.

Diferentemente do que ocorre na novação objetiva, na novação subjetiva, existe

²¹⁷ STRAVROS L. BREKOULAKIS, considera que nos casos de sub-rogação a transmissão da cláusula compromissória é automática. Cf. BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 43.

²¹⁸ A propósito desta distinção vide GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 159 – 160.

²¹⁹ Nesta sede aderimos ao entendimento de Mariana França Gouveia. - Cf. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 159.

²²⁰ FOUCARD, Philippe & GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage*, cit., p. 454.

uma modificação dos sujeitos na relação jurídica, existindo um novo devedor ou credor em que aquele assume uma nova obrigação perante o mesmo ou um novo credor (artigo 858.º do CC).

Mas, não se confunda esta figura com a assunção liberatória de dívida que *supra* expusemos pois, não obstante as semelhanças entre si, a verdade é que estamos perante figuras diferentes com efeitos distintos. Sendo certo que em ambos os casos opera uma substituição na pessoa do devedor, é igualmente certo que, na novação subjetiva “a alteração provocada do sujeito passivo da relação creditória envolve a constituição de uma nova obrigação em lugar da antiga, que fica extinta”,²²¹ o que não acontece na assunção de dívida liberatória já que, nesta última figura a identidade da obrigação permanece inalterada, transmitindo-se apenas para outro sujeito.

No tocante aos casos de novação subjetiva, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²²² considera que “não se descortina fundamento para manter a convenção arbitral em caso de novação subjetiva [...]”²²³. Por nossa parte tendemos a aderir ao mesmo entendimento porquanto, e contrariamente ao que se verifica na novação objetiva, na novação subjetiva não se verifica apenas a emergência de uma nova obrigação mas, também e simultaneamente, uma substituição na pessoa do devedor. Na verdade, estremos perante a assunção, pelo novo devedor, de uma nova obrigação. Por estes motivos, teremos que concluir que com a extinção da obrigação anterior extingue-se igualmente a convenção de arbitragem que a ela estava intimamente ligada.²²⁴

3.2.2.6.CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

O contrato a favor de terceiro encontra-se regulado nos artigos 443.º a 451.º do Código Civil e pode ser definido com o contrato através do qual uma pessoa (o promitente) se obriga perante outra (o promissário) a realizar determinada prestação a favor de uma terceira pessoa estranha àquele negócio (terceiro/beneficiário).

De acordo com o disposto no artigo 443.º, n.º 2 do CC, o contrato a favor de terceiro pode ter eficácia real ou obrigacional ou pode ainda ser liberatório. Tendo eficácia obrigacional e consistindo o direito à prestação um direito ao crédito importa

²²¹VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 369.

²²² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit. p. 14.

²²³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit. p. 14.

²²⁴ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 160.

clarificar que este contrato não se confunde com a cessão de créditos²²⁵ pois, se por um lado este tem como efeito a circulabilidade do crédito, sendo meramente dispositivo do mesmo, o contrato a favor de terceiro produz efeitos obrigacionais. Por outro lado, o contrato a favor de terceiro não engloba, por força do artigo 443.º, n.º 2 do CC, apenas créditos. Efetivamente, o direito à prestação adquirido pelo terceiro pode não se consubstanciar num direito ao crédito. Por último, a diferença mais evidente entre os dois tipos contratuais reside no facto de na cessão de créditos a pessoa para quem se transmitirá o crédito é parte no contrato de cessão. Ao invés, no contrato a favor de terceiro o terceiro não é parte no contrato que lhe atribui o benefício.

Na nossa doutrina é possível divisar dois tipos de relações que são comumente mencionadas²²⁶ a propósito deste tipo de contratos: a relação de cobertura e a relação de valuta. A primeira designa a relação entre o promissário e o promitente e a segunda a relação que se estabelece entre o promissário e o terceiro. Nesta sede, LUÍS MENEZES LEITÃO²²⁷ acrescenta ainda uma outra relação que denomina de “relação de execução” para se dirigir à relação que se estabelece entre o promitente e o terceiro “no âmbito da qual ele [promitente] vem a executar a determinação do promissário.”²²⁸

PAULA COSTA E SILVA²²⁹ considera que estaremos perante um contrato a favor de terceiro típico, quando “se possa falar que seja possível identificar um interesse relevante do promissário, que possa justificar que lhe seja concedida uma faculdade de exigibilidade da prestação para o beneficiário.”²³⁰

Note-se, no entanto, que “não é o promissário o beneficiário da vantagem que o promitente se obriga a conceder; beneficiário desta vantagem é um terceiro.”²³¹ Tanto mais que, o direito do terceiro não passará pela esfera jurídica do promissário, sendo adquirido diretamente pelo terceiro. Na verdade, o promissário é apenas a pessoa que tem um interesse digno de proteção legal, perante a qual o promitente se compromete a

²²⁵ A propósito da distinção entre os dois tipos de contrato vide RAMALHO, Tiago Azevedo, *O Princípio da Relatividade Contratual e o Contrato a Favor de Terceiro*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 66 a 69.

²²⁶ SERRA, Adriano Vaz, *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*, in BMJ, n.º 51, 1955, p. 161; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Da Constituição das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 2000, p., 234 e 235; CAMPOS, Diogo de Leite, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 27; RAMALHO, Tiago Azevedo, *O Princípio da Relatividade Contratual e o Contrato a Favor de Terceiro*, cit., p.54 e 55.

²²⁷ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 234 e 235.

²²⁸ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 235.

²²⁹ SILVA, Paula Costa e, *Contrato a favor de terceiro, conformação subjetiva da instância*, in Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, 2007, p. 976.

²³⁰ SILVA, Paula Costa e, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 976.

²³¹ SILVA, Paula Costa e, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 983.

realizar a prestação ao terceiro.

Por força deste contrato, o terceiro adquire automaticamente, “logo que se verifiquem as circunstâncias de que depende essa aquisição”²³², o direito à prestação, tal como dispõe o artigo 444.º do CC. O que significa que aquele terceiro irá ter um benefício titulado por um direito.²³³

No entanto, o artigo 447.º do CC prevê que o terceiro pode rejeitar ou aderir à promessa, através de declaração ao promitente ou ao promitente e ao promissário, respetivamente ou pode, simplesmente, nada fazer. Nesta última hipótese, e por força da aquisição imediata do direito à prestação pelo terceiro, este direito transmitir-se-á para o terceiro.²³⁴ Note-se, que a adesão do terceiro à promessa não se prende com a aquisição do direito à prestação pois, como se mencionou, por força do artigo 444.º do CC a aquisição desse direito é automática. Na verdade, se por um lado, a adesão pelo terceiro tem como efeito a aquisição de uma posição de confiança por parte deste, por outro lado, e aderindo ao entendimento de LUÍS MENEZES LEITÃO²³⁵, a adesão do terceiro visa somente a não revogação da promessa, uma vez que, enquanto o terceiro beneficiário não manifestar a sua adesão, o promissário pode, a todo o tempo e unilateralmente, revogar a promessa (artigo 448.º, n.º 1 do CC). Assim, a declaração de adesão pelo terceiro visa tornar eficaz a prestação a realizar a favor deste, consubstanciando-se, em última análise, na criação de “um vínculo jurídico entre os contraentes e o terceiro.”²³⁶

Nestas situações, em que as partes celebram um contrato em que uma delas assume a obrigação de efetuar uma prestação a favor de um terceiro, portanto, estranho ao negócio, e nele fazem constar uma cláusula compromissória, questiona-se, se aquele terceiro poderá fazer valer os seus direitos com recurso a arbitragem, seja desencadeando ele próprio o processo arbitral, seja intervindo espontaneamente num processo arbitral em curso. Estaremos colocados perante uma situação em que o terceiro adquire direitos na sua esfera jurídica por mero efeito do contrato, independentemente da sua aceitação?

²³² SERRA, Adriano Vaz, *Contratos a favor de terceiro*, cit., p. 138.

²³³ CAMPOS, Diogo de Leite, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 72.

²³⁴ “o terceiro adquire o direito à prestação independentemente de “aceitação (artigo 444.º/1) e, logo, de adesão. Esta apenas consolida um contrato que, por não ter sido celebrado com o terceiro, é, antes dela, instável.” – Cf. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações, Contratos, Negócios Unilaterais*, Vol. II, Almedina, 2010, p. 581.

²³⁵ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 236.

²³⁶ RAMALHO, Tiago Azevedo, *O Princípio da Relatividade Contratual e o Contrato a Favor de Terceiro*, cit., p. 163.

Neste contexto, é possível encontrar duas posições extremas e diametralmente opostas.

Assim, negando a vinculação do terceiro à convenção arbitral, é digna de menção a posição de VAZ SERRA²³⁷ e ANTUNES VARELA.²³⁸ O primeiro dos autores mencionado considera que ao terceiro se encontra vedado o direito de exercício de ação ou o direito de resolução por inexecução do contrato “pois, não sendo parte nele, não pode exercer direitos, que apenas cabem aos contraentes.”²³⁹, por sua vez, ANTUNES VARELA²⁴⁰ acrescenta que “mesmo depois da sua adesão, o terceiro não se torna contraente, mas apenas titular definitivo do direito que o contrato lhe conferiu”²⁴¹. Assim, na ótica destes autores, o terceiro não beneficia da cláusula compromissória não podendo, conseqüentemente, prevalecer-se da mesma para iniciar um processo arbitral ou invocar a exceção de preterição do tribunal arbitral, no caso de ser intentada ação judicial contra ele.

A favor da vinculação do terceiro à convenção arbitral temos a voz de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²⁴² considerando que independentemente de o terceiro ter ou não aderido ao contrato este assume a posição jurídica nos termos estabelecidos na estipulação contratual.

Tendemos a adotar uma posição intermédia, defendida por JOSÉ LEBRE DE FREITAS,²⁴³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA²⁴⁴, CARLA GONÇALVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO²⁴⁵ considerando, deste modo, que “o terceiro fica vinculado à convenção de arbitragem caso adira à promessa, devendo adotar-se o critério da adesão ou da recusa da promessa para, em face do obstáculo da eficácia relativa dos contratos, determinar se aquele se encontra ou não vinculado à referida convenção.”²⁴⁶ De facto, “[a]pesar de o terceiro adquirir o direito à prestação independentemente da aceitação, isto não significa que tenha aderido à promessa. Só a partir do momento em que adere à promessa, conhecendo a cláusula compromissória a ela associada, fica por esta vinculado, devendo necessariamente ser demandado por via

²³⁷ SERRA, Adriano Vaz, *Contratos a favor de terceiro*, cit., p. 154.

²³⁸ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 1998, p. 433.

²³⁹ SERRA, Adriano Vaz, *Contratos a favor de terceiro*, cit., p. 154.

²⁴⁰ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 433.

²⁴¹ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 433.

²⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem*, cit. p. 14.

²⁴³ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 193.

²⁴⁴ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 161.

²⁴⁵ BORGES, Carla Gonçalves, GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 128.

²⁴⁶ BORGES, Carla Gonçalves e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 128.

de um processo arbitral.”²⁴⁷.

Efetivamente atento o disposto no artigo 447.º do CC, o terceiro beneficiário poderá aderir à promessa ou rejeitá-la, sendo necessário que expresse essa vontade por declaração escrita ao promitente e ao promissário – no caso da adesão - ou apenas ao promitente, em caso de rejeição. Nestes termos, a manifestação de vontade do terceiro em aderir ou não à promessa, e à cláusula compromissória que aquela integra, será manifestada através da sua declaração expressa. Nesta sequência, não se vislumbra que o terceiro possa ficar vinculado pela convenção arbitral se não aderiu à promessa. Ao invés, se o beneficiário aderir à promessa, através da sua declaração expressa, e tendo presente que a adesão constitui “um ato voluntário, que tem por objeto [...] o chamamento, a aceitação dos efeitos do negócio.”²⁴⁸ aquele terceiro aceitará, igualmente, ficar vinculado à convenção de arbitragem. De facto, resultando a convenção de arbitragem de uma manifestação de vontade das partes não se vislumbra que a mesma possa ser “imposta” a um terceiro que rejeitou a promessa na qual se incluía uma cláusula compromissória.

Esta posição não valerá, no entanto, no caso de estarmos perante um contrato a favor de terceiro, legalmente imposto, como sejam os contratos de seguro automóvel. Aqui, estaremos perante um outro problema que se prende com o facto de a cláusula compromissória estar inserida num contrato com cláusulas contratuais gerais. Nestes casos, será sempre necessário que o terceiro dê o seu consentimento²⁴⁹ expresso e sob a forma escrita, não bastando a sua adesão à promessa. Pelo que, contrariamente à solução defendida anteriormente em favor da vinculação do terceiro à convenção de arbitragem, nesta hipótese de imposição legal, “o terceiro que não rejeite a promessa já não pode ficar [...] automaticamente sujeito à convenção de arbitragem: para esta sujeição será imprescindível um ato de adesão à convenção.”²⁵⁰

3.2.2.7.CONTRATO PARA PESSOA A NOMEAR

O contrato para pessoa a nomear consiste na possibilidade, em que uma das partes se reserva, de designar outra pessoa para adquirir os seus direitos ou obrigações

²⁴⁷ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 161.

²⁴⁸ RAMALHO, Tiago Azevedo, *O Princípio da Relatividade Contratual e o Contrato a Favor de Terceiro*, cit., p.82.

²⁴⁹ No tocante à forma de exteriorização desse consentimento vide Raúl, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, cit. p. 23 e 26 a 30.

²⁵⁰ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 193.

emergentes desse mesmo contrato. Este contrato encontra-se legalmente previsto no artigo 452.º, n.º 1 do CC que dispõe que “ao celebrar o contrato, pode uma das partes reservar o direito de nomear um terceiro que adquira os direitos e assumas as obrigações provenientes desse contrato”.

Não obstante as semelhanças que, à partida, este contrato possa apresentar com o contrato a favor de terceiro, a verdade é que são contratos distintos e as suas diferenças são decifráveis com clareza. Repare-se que no contrato para pessoa a nomear, para que o contrato produza efeitos em relação ao terceiro nomeado é necessário que a nomeação seja efetuada por declaração escrita ao outro contraente acompanhada do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste, em consonância com a exigência contida no artigo 453.º do C.C. Por oposição, como vimos, no contrato a favor de terceiro o terceiro adquire de forma automática o seu direito à prestação, não obstante ser livre de a recusar. Por outro lado, enquanto no contrato a favor de terceiro este não é parte no contrato, sendo apenas, e mesmo após a sua adesão, um beneficiário do mesmo, no contrato para pessoa a nomear o terceiro, após a nomeação (eficaz), passa a ser parte no contrato.

Por outro lado, importa igualmente distinguir o contrato para pessoa a nomear do contrato de cessão da posição contratual pois, enquanto neste último as partes que figuram originariamente são as partes definitivas, não obstante num momento ulterior uma parte transmitir a sua posição a um terceiro, mediante o consentimento do outro contraente, no contrato para pessoa a nomear já se sabe, logo aquando da sua celebração, que uma das partes que contrata não é, no entanto, a que vai figurar definitivamente do contrato, sendo posteriormente substituída por outra.

Resulta evidente que no âmbito deste tipo contratual os direitos e obrigações resultantes do mesmo repercutir-se-ão na esfera jurídica da pessoa nomeada. “Não ocorre, por isso, qualquer transmissão entre o nomeante ou nomeado.”²⁵¹

De facto, o artigo 455.º, n.º 1 do CC prevê, que “a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato a partir da celebração dele.”. O que significa que neste tipo de contrato o que opera é “um fenómeno de substituição de contraentes, uma vez que, após a nomeação, o contraente nomeado adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato a partir do momento da celebração dele.”²⁵²

²⁵¹ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 241.

²⁵² LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 241.

Defere-se facilmente das normas *supra* transcritas que, transmitindo-se para a pessoa nomeada os direitos e obrigações provenientes do contrato então, deverá entender-se que a convenção arbitral incluída no contrato se encontra abrangida e igualmente se transmitirá, numa lógica idêntica à da cessão da posição contratual.

Note-se, juntamente com JOSÉ LEBRE DE FREITAS²⁵³, que esta equiparação do contrato para pessoa a nomear à cessão da posição contratual, em nada fere o princípio da autonomia da convenção de arbitragem. De facto, “[a] autonomia da convenção de arbitragem não obsta a esta equiparação de regimes a menos que se prove que ela foi, diferentemente do contrato de direito substantivo em que se insira, celebrada *intuitu personae*. O adquirente está, perante a convenção de arbitragem, no lugar do transmitente”.²⁵⁴

Assim, entendemos com MARIANA FRANÇA GOUVEIA²⁵⁵, CARLA GONÇALVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO²⁵⁶ que se as partes nada convencionarem em sentido contrário, a convenção arbitral vincula o terceiro nomeado.

3.3. GRUPO DE SOCIEDADES

Vistas as situações em que o terceiro não signatário da convenção de arbitragem passa a estar a ela vinculado por força da transmissão, é chegado agora o momento de, dentro desta segunda categoria de terceiros (não subscritores da convenção arbitral), nos focaremos naquele grupo de terceiros em que, não obstante não serem signatários da convenção nem a ela se encontram vinculadas por força da transmissão e/ou alteração subjetiva, existem fortes razões para se poder considerar que estão vinculados pela convenção de arbitragem. No fundo, entramos agora na temática que, para nós, integra literal e verdadeiramente os casos de “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários”: teoria do grupo de sociedades. A extensão da convenção de arbitragem “depende da prova da vontade de um não signatário de se submeter a ela. É também uma questão de interpretação do acordo de arbitragem e da sua validade material.”²⁵⁷

²⁵³ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

²⁵⁴ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 192.

²⁵⁵ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 162.

²⁵⁶ BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 129.

²⁵⁷ POUURET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law*, cit., p. 228.

MANUEL PEREIRA BARROCAS²⁵⁸ enquadra esta temática da teoria do grupo de sociedades²⁵⁹ na intervenção de terceiros afirmando que “[n]a lei portuguesa as situações jurídicas seguintes [...] podem originar a intervenção de um terceiro numa instância contenciosa já constituída entre duas partes: - nas sociedades em relação de grupo [...]”²⁶⁰

Não obstante concordamos com a afirmação transcrita, entendemos que sempre terá de se efetuar um enquadramento prévio para que possamos, posteriormente discutir a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade de intervenção de terceiros no caso específico do grupo de sociedades.

Creemos assim que, primeiramente, e para que possamos falar em intervenção, temos de averiguar previamente se a parte que é chamada ou que pretende intervir num processo arbitral em curso está vinculada pela convenção de arbitragem

No caso dos grupos de sociedades a questão que tem que se colocar *ab initio* é a de saber se na hipótese de uma sociedade de um grupo de sociedades ter celebrado um contrato no qual se incluiu uma cláusula compromissória, esse contrato e essa convenção vinculam uma ou mais sociedades desse grupo. De facto, só depois de apurarmos se a convenção de arbitragem estendeu ou não os seus efeitos a outra(s) sociedades(s) do grupo, de modo a que estas se possam considerar vinculadas por aquela, é que poderemos falar em terceiro para efeitos do processo arbitral. Na verdade, somente poderemos equacionar a intervenção daquela(s) sociedade(s) no processo arbitral quando estas integrem o conceito de terceiro para efeitos de processo arbitral. E para isso, como vimos, têm imperativamente que estar vinculadas pela convenção arbitral. Uma vez apurado que a convenção arbitral estendeu a sua eficácia àquelas sociedades então, o tribunal arbitral estará em condições de apurar se a intervenção daquela(s) parte(s) terceira(s) não perturba indevidamente o normal andamento do processo e se há razões de relevo que justifiquem aquela intervenção.

Feito este introito, passaremos então à análise das situações em que podemos falar na teoria do “grupo de sociedades”, ou seja, aquelas hipóteses em que haverá, extensão da convenção de arbitragem a terceiras sociedades que não a subscreveram.

²⁵⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, *Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, Janeiro 2007, p. 313.

²⁵⁹ A doutrina do “grupo de sociedades”, nas palavras de Fernando Matilla-Serrano, “diz respeito a um contrato e a várias partes, e diz necessariamente respeito a empresas que têm uma personalidade jurídica distinta das empresas signatárias do contrato.” – SERRANO, Fernando *Matilla, Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues?*, in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, 2010, p. 11.

²⁶⁰ BARROCAS, Manuel Pereira, *Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem*, cit., p. 313.

Como já *supra* se mencionou, pendemos a considerar que a expressão “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários” está incorreta quando nela pretendem incluir também os casos de transmissão – que, para nós se enquadram numa nesta última expressão. POUDRET e BESSON²⁶¹ vão, no entanto, ainda mais longe. Entendem estes autores que a expressão “extensão da convenção de arbitragem a não signatário” está sempre incorreta,²⁶² seja nos casos de transmissão, seja na doutrina do grupo de sociedades – onde, para nós, assume o seu verdadeiro sentido. POUDRET e BESSON²⁶³ entendem que esta expressão é totalmente incorreta uma vez que, para eles, não se trata de uma verdadeira extensão, mas sim de apurar quem são as verdadeiras partes da convenção arbitral, para além daquelas que formalmente a assinaram e, portanto, quem poderá prevalecer-se dela ou vê-la oposta contra si. Por outro lado, consideram que a expressão “extensão” não tem cabimento na medida em que procede à distinção entre signatários e não signatários. Distinção que, para aqueles autores, é destituída de qualquer sentido pois, não vêm na assinatura da convenção de arbitragem um elemento destrinçador entre signatário e não signatário considerando, conseqüentemente, que mesmo a parte que não subscreveu formalmente a convenção arbitral é signatária. Razão pela qual, considerando esta parte signatária, não poderá falar em “extensão da convenção de arbitragem a não signatários”.

Um dos casos em que se verifica uma verdadeira extensão, no sentido exato do termo, dos efeitos da convenção arbitral a terceiros não signatários é o da teoria do grupo de sociedades, que passaremos a analisar.

Toda esta temática tem o seu ponto de partida na natureza contratual da arbitragem. Sendo a convenção arbitral um contrato através do qual as partes submetem determinado litígio a arbitragem impõe-se questionar: caso as partes não revelem a sua vontade de recorrer a arbitragem por escrito e apenas o façam revelando o seu consentimento de forma tácita, poderão estas considerar-se abrangidas pela arbitragem?

²⁶¹ POUDRET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law*, cit., p. 211.

²⁶² “esta expressão é incorreta por duas razões. Em primeiro lugar, porque não se trata de alargar a convenção arbitral a um terceiro, mas sim de determinar, para além da formulação utilizada, quem é realmente parte no acordo e, conseqüentemente, pode invocá-lo ou ficar vinculado. Em segundo lugar, porque a distinção entre signatários e não signatários é enganosa. [...] as leis nacionais já não exigem a assinatura das partes, mas ficam satisfeitas com um texto escrito [...] Inversamente, uma assinatura não significa necessariamente que o signatário se torne parte do contrato e da cláusula compromissória que ele contém. ” - POUDRET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law*, cit., p. 211.

²⁶³ POUDRET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law*, cit. p. 211.

E isto porque, como se vem reiterando, em princípio não será admissível a vinculação de um terceiro à convenção arbitral que não tenha dado o seu consentimento expresso – reduzido à forma escrita.

No fundo, estaremos perante uma questão de consentimento. Avaliar se esse consentimento, sendo tácito, é suficiente para que possamos considerar que uma parte se encontra vinculada à convenção de arbitragem.

3.3.1. A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

O artigo 2.º, n.º 1 da LAV exige que a convenção de arbitragem revista forma escrita. Acrescento de imediato o n.º 2 que “[a] exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação.”

Das normas *supra* transcritas haverá uma tentação inicial para concluir que a convenção de arbitragem tem que adotar sempre forma escrita²⁶⁴, não podendo valorar-se uma manifestação tácita de consentimento como uma forma válida de um sujeito se submeter à arbitragem, por não preencher o requisito formal da redução a escrito previsto no artigo 2.º, n.º 1 da LAV.

Porém, artigo 217.º, n.º 2 do CC prescreve que “[o] carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente desde que a forma escrita tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz”, o que significa que na hipótese em que uma das partes propõe à outra, por escrito, um contrato com uma cláusula compromissória, e aquela parte, não obstante não reduzir a sua aceitação a escrito, mas o requisito da forma escrita tenha sido observado “quanto aos factos de que a declaração se deduz” podemos concluir que, embora não se encontre preenchido a forma escrita da convenção arbitral em si mesma “[e]star-se-á aqui perante uma manifestação tácita do consentimento, conforme com o requisito da forma escrita.”²⁶⁵

²⁶⁴ Também no direito francês é exigível que a convenção de arbitragem revista forma escrita. Havendo, no entanto, autores que consideram que a convenção de arbitragem tanto pode ser um ato formal como um ato consensual. - Cf. FOUCHARD, Philippe & GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage*, cit., p. 374 e 384.

²⁶⁵ VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993.

Citando DÁRIO MÁRIO VICENTE²⁶⁶, “desde que o facto de que se infere o consentimento quanto à convenção de arbitragem (o facto concludente) obedeça à forma escrita, devem as exigências da lei portuguesa quanto à forma da convenção de arbitragem ser tidas por observadas.”²⁶⁷

A regra é a de que será sempre necessário a verificação da forma escrita da convenção de arbitragem, considerando DÁRIO MOURA VINCENTE²⁶⁸ que essa forma se tem por satisfeita quando, não obstante a convenção arbitral não se encontrar reduzida a escrito, o facto concludente revista aquela forma.

Assim, para este autor a manifestação tácita de consentimento para a arbitragem só preencherá o requisito de forma escrita exigido no artigo 2.º, n.º 1 da LAV quando esse consentimento seja revelado pelo facto concludente e este obedeça à forma escrita.

Por nós tendemos a aderir apenas parcialmente a este entendimento. De facto, deveremos considerar preenchido o requisito da forma escrita quando a parte não signatária da convenção arbitral manifeste o seu consentimento através do facto concludente e este tenha aquela forma.

No entanto, não se nos afigura que não possa relevar o consentimento tácito nas situações em que a parte não subscritora não reduziu a escrito o facto concludente, mas praticou atos que nos permitam presumir pela sua aceitação daquela convenção – seja porque se verifica a troca de uma petição e de uma contestação em que a existência da convenção seja alegada por uma parte e não contestada por outra (artigo 2.º, n.º 5 da LAV), seja porque a parte não signatária participou de forma ativa no contrato em que se insere a cláusula compromissória, de tal modo que nos leve a presumir o seu consentimento para a mesma. Aceitamos, no entanto, com STRAVROS L. BREKOULAKIS,²⁶⁹ que o “consentimento tácito tem que ser claro e evidente na íntegra.” Estamos a pensar sobretudo naqueles casos em que a parte não signatária participou ativamente²⁷⁰ no contrato e que exigem uma análise casuística. Na verdade, só analisando casuisticamente cada situação é possível apurar pela existência ou inexistência de consentimento, seja pelo apuramento dos factos, por um lado, seja pelas circunstâncias e comportamentos adotados, por outro.

²⁶⁶ VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993 e 994.

²⁶⁷ VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993 e 994.

²⁶⁸ VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993 e 994.

²⁶⁹ BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 196.

²⁷⁰ Nesta sede, concordamos com BERNARD HANOTIAU, na medida em que “[s]omente um envolvimento substancial pode significar consentimento.” – *Vide Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 6.

Na linha de vários autores²⁷¹, e no que concerne ao consentimento das sociedades não signatárias pertencentes ao mesmo grupo da sociedade signatária da convenção de arbitragem, perfilhamos do entendimento segundo o qual a manifestação do consentimento de uma parte em aderir a uma convenção de arbitragem poderá manifestar-se em uma ou mais das seguintes fases do contrato: negociação²⁷², celebração, execução²⁷³, ou até mesmo na sua rescisão e eventualmente mesmo após a sua cessação.

Analisaremos então a possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a uma sociedade não signatária pertencente ao mesmo grupo da sociedade signatária. Impõe-se assim questionar se a sociedade terceira, que não subscreveu, formalmente, o contrato e a convenção arbitral se encontra vinculado pelo facto de uma sociedade do grupo ser signatária daquela convenção. A tónica da questão coloca-se sobretudo quando um das sociedades do grupo, mormente a sociedade-mãe, é signatária de um contrato que contém uma cláusula compromissória: será que por força desta subscrição as outras sociedades, ou as sociedades filhas ficam igualmente vinculadas?

Nesta matéria RAÚL VENTURA²⁷⁴, referindo-se à capacidade da sociedade-mãe celebrar contratos em nome da sociedade filha, considerava que “uma sociedade dominante doutra” não estava “autorizada, sem mais, a celebrar negócios jurídicos em nome, em representação ou por conta desta outra”²⁷⁵. O que significa que, para este autor, a sociedade-mãe apenas poderia celebrar uma convenção arbitral em nome da sociedade filha se estivesse devidamente mandatada para o efeito.

Por nós tendemos a adotar a mesma posição. De facto, se assumirmos que a sociedade-mãe pode celebrar contratos em representação das sociedades subsidiárias estaremos a subverter a manifestação de vontade típica da convenção arbitral e de qualquer outro contrato, numa imposição pela sociedade mãe. Aliás, a considerar-se o

²⁷¹ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 196; BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 129 e 130.

²⁷² A propósito da valorização da intenção ou consentimento das partes na fase pré-contratual para efeitos de se considerar uma parte vinculada à convenção arbitral, recomenda-se a leitura do caso n.º 7920 de 1993 da CCI em que se considerou que “[a]s negociações pré-contratuais são um excelente indicador da verdadeira intenção das partes.” – Cf. BERG, Albert Jan Van Den, *Yearbook Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Vol. XXIII, Kluwer Law International, 1998, p. 80 a 85.

²⁷³ Em sentido diverso, DÁRIO MOURA VICENTE sustenta que “a execução do contrato, ainda que com toda a probabilidade revele anuência ao mesmo e à convenção de arbitragem, não satisfaz o requisito legal de forma escrita, pelo que não pode ser havida como válida manifestação de vontade quanto a uma convenção de arbitragem.” – VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993.

²⁷⁴ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 311 e 312.

²⁷⁵ VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 312.

inverso, nem sequer se discutiria a teoria da extensão da convenção de arbitragem nos grupos de sociedades. Se a sociedade mãe pudesse, sem mais, celebrar a convenção em representação das suas subsidiárias, os efeitos da convenção ser-lhe-iam extensíveis, sem mais. Isto é, não existiria, nem seria exigível existir, uma manifestação, ainda que tácita, por parte da sociedade-filha em se submeter àquela convenção pois, aquela estaria automaticamente submetida à arbitragem mesmo que nunca tivesse manifestado a sua vontade nesse sentido.

Nesta sede, importa, pois, proceder à distinção entre o conceito de representação e extensão. Uma sociedade celebrará um contrato/uma convenção arbitral em representação de outra(s), ou até do próprio grupo, quando tais poderes lhe sejam conferidos pelas suas representadas. Não estando mandata para o efeito, não poderá a convenção de arbitragem, celebrada pela sociedade-mãe, vincular as sociedades-filhas. Ao invés, os efeitos da convenção de arbitragem serão estendidos a outra(s) sociedade(s) do grupo, ou a todo grupo, quando aquela(s) sociedade(s) tenha(m) adotado uma postura na celebração, negociação, execução e/ou rescisão do contrato que permitam presumir, com toda a probabilidade, que aceitam os efeitos daquele contrato, considerando-se a ele vinculada(s).

O que ora nos ocupa não é, pois, a questão de saber se a sociedade-mãe tem capacidade para celebrar a convenção de arbitragem em nome da sociedade-filha, mas sim a de apurar se, tendo a sociedade-mãe, ou qualquer outra sociedade do grupo, celebrado um contrato que contém uma cláusula compromissória, em seu nome, se a mesma poderá vincular outra(s) sociedade(s) do grupo. E isto, porque, como sabemos, o contrato celebrado por apenas uma sociedade do grupo vinculará apenas esta, não sendo válido para as restantes sociedade. Na verdade, as várias sociedades integrantes do mesmo grupo, não obstante essa integração, têm personalidade jurídica própria, são pessoas jurídicas distintas entre si. Razão pela qual, à partida, o contrato celebrado por uma apenas uma dessas sociedades não aproveitará às demais sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

Nas palavras de STRAVROS L. BREKOULAKIS,²⁷⁶ “[i]sto aplica-se igualmente aos acordos de arbitragem: só a empresa que celebrou uma convenção de arbitragem ficará vinculada por ela. Não existe nenhuma regra de arbitragem ou lei que preveja que as convenções de arbitragem sejam isentas do princípio fundamental do

²⁷⁶ BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 152.

consentimento em relação a transações envolvendo empresas do grupo. Portanto, o consentimento tem um papel fundamental na discussão da doutrina do grupo de empresas e das partes não signatárias das cláusulas de arbitragem.”²⁷⁷

De facto, saber se a convenção de arbitragem celebrada pela sociedade-mãe vincula a sociedade filha é a questão que se coloca com mais frequência no âmbito da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários que integram o mesmo grupo económico de sociedades. E isto uma vez que, como *supra* se mencionou, o cerne da análise da extensão da convenção arbitral a uma sociedade não signatária prende-se com o consentimento desta para a arbitragem, com a sua adesão tácita à mesma. Esta manifestação tácita de adesão à convenção arbitral por parte do não signatário manifestar-se-á através da adoção de uma conduta comportamental demonstrativa da sua aceitação em se submeter àquela, seja em fase de celebração ou negociação do contrato onde esteja inserida a cláusula compromissória, seja em fase posterior à celebração do mesmo, nomeadamente através da sua execução.

Nesta sequência, CARLA GONÇALVES BORGES ²⁷⁸ chega mesmo a afirmar que “ muitas vezes, verifica-se que as partes que figuram no contrato não são realmente aquelas que dele são beneficiárias, pelo que os árbitros recorrem à noção de aceitação tácita, deduzindo-a do comportamento das sociedades do grupo, no momento da celebração do contrato e da sua execução.”²⁷⁹

Em sede de tal afirmação, urge questionar: colocados perante a hipótese em que se vem a apurar que não é apenas a sociedade signatária da convenção arbitral a verdadeira beneficiária da mesma, sendo-o, igualmente, uma outra sociedade do grupo, quem se deverá considerar vinculada pela convenção de arbitragem? Apenas sociedade que subscreveu a convenção de arbitragem, mas que adota uma postura de não signatária? Ou a sociedade não signatária que é efetivamente a beneficiária daquela convenção? Ou ainda, deveremos considerar que, nesta hipótese, ambas as sociedades se encontram sujeitas aos efeitos da convenção arbitral?

Talvez por ser clara a resposta a esta questão, não a encontramos colocada na doutrina nem na jurisprudência. Evidentemente que, atenta a natureza contratual da convenção de arbitragem e o requisito da forma escrita, temos que considerar que uma sociedade que subscreveu uma convenção de arbitragem, pelo menos formalmente,

²⁷⁷ BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 152.

²⁷⁸ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 133.

²⁷⁹ BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 133.

encontra-se vinculada por aquela convenção pois, efetivamente, aquela sociedade manifestou expressamente a sua vontade em submeter à arbitragem e tal facto, não poderá, de todo, ser descurado e desconsiderado. Porém, não nos parece que possamos considerar que apenas a sociedade subscritora da convenção se encontra vinculada àquela. Na verdade, a resposta a esta questão decorre, naturalmente, da teoria da extensão da convenção de arbitragem no grupo de sociedades: deverão considerar-se vinculadas pela convenção de arbitragem ambas as sociedades, isto é, tanto aquela que, expressamente subscreveu a convenção, como aquela que tacitamente nela consentiu e a aceitou.

Resulta assim do exposto que, embora seja necessário a pertença de ambas as sociedades ao mesmo grupo económico para podermos falar em extensão da convenção de arbitragem, é igualmente certo que, por si só, não é suficiente. Nas palavras de MANUEL PEREIRA BARROCAS ²⁸⁰ “[o] facto de o terceiro integrar, com uma das partes signatárias, um grupo de sociedades, pode ser importante, se bem que não seja um elemento essencial ou decisivo. Poderá existir um grupo de sociedades e nem por isso todas ou algumas das sociedades do grupo devam ser consideradas partes num processo arbitral, tal como pode suceder que um terceiro não signatário possa ou deva ser considerado parte, apesar de não integrar qualquer grupo de sociedades.” ²⁸¹

Assim, colocados perante a hipótese em que a sociedade-mãe celebra uma convenção arbitral, a sociedade-filha ficará vinculada àquela se, como se mencionou anteriormente, tiver participado ativamente na sua negociação, celebração, execução ou até rescisão do contrato em que se insere a cláusula compromissória. Na verdade, como, e bem, afirma KARIM YOUSEEF²⁸² “[a] existência de uma única realidade económica e o envolvimento de uma entidade não signatária na celebração, no cumprimento ou na rescisão do contrato são ambos indícios de uma declaração de consentimento.”

O que não se poderá, para nós, considerar, é que a sociedade filha fica, sem mais, vinculada àquela convenção, unicamente pelo facto de a sociedade mãe a ter subscrito. Na sequência do que anteriormente se referiu, embora ambas as sociedades integrem o mesmo grupo económico, tal elemento, não é, por si só, fundamento para se considerar

²⁸⁰ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 196.

²⁸¹ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 196.

²⁸² YOUSEEF, Karim, *The Limits of consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Group of Companies*, in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, 2010, p.75.

que o contrato e a convenção arbitral celebrada pela sociedade dominante vincula todas as demais.

3.3.2. A TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

A discussão em torno da doutrina do grupo de sociedades teve a sua origem no caso *Dow Chemical* (caso CCI n.º 4131, de 1982, confirmado por sentença proferida na *Cour D'Appel de Paris* em 1983),²⁸³ que, por esse motivo, é comumente conhecido a propósito desta matéria da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários no grupo de sociedades. Atenta a relevância e importância que o mesmo assume nesta matéria, é o mesmo merecedor de exposição e análise, até para que consigamos um melhor entendimento prático desta doutrina.

Dow Chemical, era um grupo de sociedades constituído pela *Dow Chemical Company* (US) sociedade-mãe norte-americana, e pelas suas empresas subsidiárias. Sucede que, uma sociedade Venezuelana, subsidiária daquela sociedade (*Dow Chemical International S.A*) celebrou com uma empresa francesa (*Boussois- Isolation, S.A*) um contrato de distribuição de produtos de isolamento térmico em França. Em momento posterior, a *Boussois – Isolation, S.A* cedeu a sua posição contratual à empresa francesa *Isover Saint Gobin*. Por sua vez, também a sociedade *Dow Chemical International S.A* transmitiu a sua posição naquele contrato para a *Dow Chemical AG* (sociedade subsidiária da *Dow Chemical Company*).

Por seu turno, e após a celebração deste contrato, foi celebrado um outro contrato de distribuição entre a *Dow Chemical Europe, S.A.* (sociedade subsidiária da *Dow Chemical Company*) e a *Boussois – Isolation, S.A.* e mais duas sociedades. Posteriormente, a posição destas três sociedades foi transmitida para a *Isover Saint Gobin*.

Ambos os contratos de distribuição - um celebrado, em última instância e após as cessões das posições contratuais verificadas, entre a *Dow Chemical AG* e *Isover Saint Gobin* e o outro entre *Dow Chemical Europe, S.A.* e a *Isover Saint Gobin*, previam que

²⁸³ Para uma leitura integral do caso vide *Collection of ICC Arbitral Awards, Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, 1974-1975*, edited by Sigvard Jarvin & Yves Derains, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 146 a 153.

A propósito da exposição e análise deste caso no Direito português vide BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 200 a 202; BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 134; SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 162 a 164.

os fornecimentos poderiam ser efetuados pela *Dow Chemical France* ou qualquer outra sociedade subsidiária da *Dow Chemical Company*. Sendo certo que a única sociedade que veio efetivamente a realizar esses fornecimentos foi a *Dow Chemical France*.

As partes dos dois contratos incluíram, em cada um deles, uma cláusula compromissória que previa a submissão à arbitragem de qualquer litígio emergente daqueles contratos, a dirimir de acordo com o Regulamento da CCI.

Subsequentemente surgiu um litígio relativamente a estes contratos tendo a *Dow Chemical AG*, a *Dow Chemical Europe, S.A.*, a *Dow Chemical France* e a *Dow Chemical Company*, demandado, conjuntamente, a sociedade *Isover Saint Gobin*.

Perante este cenário a Ré, *Isover Saint Gobin*, invocou a incompetência do tribunal arbitral para julgar o litígio, uma vez que a ação havia sido intentada por mais partes do que aquelas com quem, formalmente, celebrou a convenção de arbitragem. Nesta sequência a Ré requereu a exclusão da *Dow Chemical Company*, sociedade-mãe, e da *Dow Chemical France*, da ação arbitral invocando para o efeito que os contratos onde estavam inseridas as cláusulas compromissórias não foram celebrados com estas sociedades.

O tribunal arbitral indeferiu, contudo, o pedido da Ré, admitindo que a *Dow Chemical Company* e a *Dow Chemical France* eram partes na convenção arbitral e, por isso tinham legitimidade para demandar. Para fundamentar tal decisão, o tribunal arbitral invocou que a *Dow Chemical Company*, além de deter a titularidade das marcas dos produtos que eram distribuídos, era também a sociedade-mãe que exercia um controlo total sobre as suas subsidiárias. Relativamente à sociedade *Dow Chemical France* o tribunal arbitral concluiu pela sua vinculação às cláusulas compromissórias baseando-se, por um lado, na sua participação na negociação e execução de ambos os contratos de distribuição – tendo sido a sociedade que efetivamente efetuou os fornecimentos – e, por outro lado, nas trocas de correspondência entre esta sociedade e a *Isover Saint Gobin* de onde concluiu que, aquando da celebração dos contratos entre a Ré e a *Dow Chemical Europe* e a *Dow Chemical AG* o que aquela pretendeu foi contratar com o grupo de sociedades como um todo e não com aquelas sociedades especificamente. Tanto mais que, na execução daqueles contratos trocou correspondência com várias sociedades do grupo. E igual conclusão retirou no tocante às várias sociedades pertencentes ao grupo *Dow Chemical* tendo deferido uma vontade coletiva daquelas sociedades em se vincularem às cláusulas compromissórias.

Nesta sequência, o tribunal arbitral, considerou, em suma, que as partes demandantes poderiam, como aliás fizeram, demandar conjuntamente a *Isover Saint Gobin* porquanto, não obstante o grupo *Dow Chemical* ter uma personalidade jurídica distinta da personalidade de cada uma das sociedades que o constitui, ele deve ser olhado, para efeitos de determinação da competência do tribunal arbitral, como uma unidade económica.

O caso em apreço, e a teoria do “grupo de sociedades”, gravitam, pois, em torno de duas questões essenciais: a da natureza da competência do tribunal arbitral e a destrição entre parte e terceiro relativamente à convenção de arbitragem. A posição adotada relativamente à primeira questão “tenderá a matizar as respostas à questão da extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros.”²⁸⁴

Relativamente à primeira questão, e na sequência do que mencionámos *supra* a propósito da natureza da arbitragem, consideramos que a mesma é “contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função.”²⁸⁵ Nesta linha de pensamento, defendemos posteriormente que a convenção arbitral tem natureza contratual, mais especificamente, constitui um negócio jurídico processual. Assim sendo, está fácil de ver que, para nós, a competência do tribunal arbitral é contratual. Mas não só! Na verdade, o poder do tribunal arbitral, não obstante emergir de um contrato de natureza privada, é jurisdicional, (elemento público da arbitragem). Tanto mais que as suas decisões têm força executiva, não obstante não poderem ser executadas pelo tribunal arbitral (artigo 42.º, n.º 7 da LAV e 705.º, n.º 2 do CPC).

Tendo ficado assente a nossa visão da convenção de arbitragem como fonte (contratual) de atribuição de poder (jurisdicional) ao tribunal arbitral, é chegado o momento de aferir quem deve ser considerado parte e quem será terceiro naquela convenção atento o facto de a nossa LAV exigir que a convenção de arbitragem revista forma escrita. Trata-se, pois, de apurar o fundamento da lei para plasmar esta exigência.

Citando PEDRO CAETANO NUNES²⁸⁶, “[s]e se entender que a exigência de forma escrita para a convenção de arbitragem tem como finalidade essencial a delimitação clara e precisa do seu objeto, será possível argumentar que os comportamentos negociais relevantes para a identificação dos seus sujeitos não tenham

²⁸⁴ NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, in *100 anos de Arbitragem: Os casos essenciais comentados*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p. 117.

²⁸⁵ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 120; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos* disponível em http://laboratoriorial.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc, p. 2.

²⁸⁶ NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical*, cit. p. 118.

que observar a mesma forma."²⁸⁷ Ao invés, se considerarmos que essa exigência de forma se prende com a questão de apurar quem é ou não parte da convenção arbitral, não poderemos admitir a extensão da convenção de arbitragem a terceiros que não a subscreveram.

Por nossa parte, tendemos a considerar que a forma escrita apenas é necessária e exigida para delimitar, com exatidão, o objeto do litígio. Razão pela qual será legítimo admitir-se a vinculação à convenção de arbitragem de partes não signatárias da mesma que participaram na celebração negociação, execução ou revogação do contrato em está inserida. Entendimento este que, como esta bem de ver, foi seguido no caso *Dow Chemical*.

3.3.3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Resulta do *supra* exposto que a não assinatura da convenção de arbitragem é o fundamento da existência da doutrina do grupo de sociedades porquanto, se a convenção fosse assinada por todas as sociedades do grupo, a questão da extensão da convenção nem sequer se colocaria. Estando a convenção assinada por todas as sociedades elas estariam todas, sem qualquer margem para dúvidas, vinculadas àquela convenção e, conseqüentemente, à arbitragem para dirimir o(s) litígio(s) naquela previstos.

Questão diversa é a inexistência de redução a escrito da convenção de arbitragem ou, pelo menos, de verificação de alguma das circunstâncias em que a LAV, no seu artigo 2.º, n.º 2 a 5, considera cumprido aquele requisito. Nestes casos, terá sempre que existir prova escrita quanto à existência de uma convenção de arbitragem, ainda que a mesma não se encontre assinada por uma das partes. O que realmente importa, é que a parte que não assinou a convenção, dela tomou conhecimento e adotou uma conduta comportamental que nos permite concluir ou presumir²⁸⁸ que, tacitamente, aderiu àquela convenção e por ela se deve considerar abrangida.

²⁸⁷ NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical*, cit. p. 118.

²⁸⁸ Esta presunção será sempre uma presunção ilidível e isto uma vez que sendo a arbitragem um encontro de vontades resultante da autonomia privada das partes, seria inconcebível que pudéssemos, neste âmbito, falar de presunções inilidíveis. Deverá, deste modo, a presunção de manifestação de consentimento poder ser afastada, mediante a prova em contrário da parte sobre a qual recai a presunção.

Na verdade, “a inexistência em absoluto da convenção de arbitragem determina a impossibilidade de submissão a arbitragem do litígio por qualquer das partes nele envolvidas. Ao contrário, a existência de uma convenção de arbitragem válida, subscrita por certas partes e não por outras, não significa que não possa, com as devidas cautelas, ser tornada extensível a estas últimas”.²⁸⁹

Assim, embora a ausência de assinatura da convenção de arbitragem por parte de uma ou mais sociedades pertencentes ao mesmo grupo, em que apenas uma delas a subscreveu, juntamente com o apuramento do consentimento daqueles para se vincularem à convenção de arbitragem, seja o ponto de partida para a doutrina do grupo de sociedades a verdade é que tal elemento não é, nem pode ser, o único a considerar para que possamos falar em extensão da convenção de arbitragem àquela(s) partes(s) não signatária(s).

Para que possamos falar em verdadeira extensão da convenção de arbitragem, é necessário que se verifiquem determinados pressupostos. Para STRAVROS L. BREKOULAKIS,²⁹⁰ esses pressupostos são três: i) existência de um grupo de sociedades firme; ii) participação ativa da sociedade não signatária nas negociações, execução ou rescisão do contrato onde se insere a cláusula compromissória e iii) a intenção comum das partes em se submeterem à arbitragem. Por seu turno, e em comentário ao caso *Dow Chemical*, YVES DERAIS²⁹¹ justifica a necessidade de extensão da convenção arbitral a uma sociedade não subscritora da mesma com base em três elementos: i) existência de uma unidade económica que deve ser levada em conta pelos árbitros na avaliação da sua própria competência, independentemente da respetiva identidade jurídica do grupo; ii) exigência da extensão por necessidades do comércio internacional e iii) a comum intenção das partes em se submeterem à arbitragem, que deve ser encontrada através da análise das circunstâncias que caracterizaram a conclusão, execução ou rescisão do contrato.

Por nossa parte, tendemos a apresentar quatro requisitos cuja verificação se nos afigura necessária para que possamos falar em extensão da convenção de arbitragem no contexto do grupo de sociedades em que apenas uma delas assinou o contrato que contém uma cláusula compromissória. Em primeiro lugar, é necessário que exista um grupo económico unitário, grupo de sociedades. Em segundo lugar, para que possamos

²⁸⁹BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 203.

²⁹⁰BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 154 a 164.

²⁹¹ DERAIS, Yves, *Is there a Group of Companies Doctrine?*, in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, 2010, p. 132.

falar em extensão da convenção, é imperativo que, pelo menos, uma das sociedades do grupo tenha celebrado um contrato no qual se encontre inserida uma cláusula compromissória pois, só nesse caso poderemos eventualmente analisar se a convenção celebrada se estenderá ou não a outra(s) sociedade do grupo. Em terceiro lugar, para que outra(s) sociedade(s) se considere(m) abrangida(s) pelos efeitos do contrato e da convenção de arbitragem tem que: i) pertencer ao grupo de sociedades em que uma delas subscreveu a convenção e ii) tem que ter participado de forma ativa na negociação, celebração, cumprimento ou até rescisão do contrato em que aquela convenção está inserida.²⁹² Por último, torna-se necessário avaliar a intenção da parte contrária com quem foi celebrado o contrato.

Tal como menciona JOSÉ LEBRE DE FREITAS²⁹³, reforçando que não basta a pertença a um grupo de sociedades para que possamos falar da doutrina da extensão da convenção arbitral, é necessário avaliar “a intenção das partes, máxime da parte contrária, no ato da celebração”²⁹⁴ do contrato e da convenção arbitral.

Neste ponto, tendemos a considerar que a doutrina do grupo de sociedades não terá provimento se a intenção e o comportamento adotado pela outra parte for revelador da recusa da vinculação daquela sociedade não signatária à convenção de arbitragem. E isto porque, sendo a convenção de arbitragem um contrato, no âmbito do qual as partes exercem a sua autonomia privada, não nos parece razoável impor à parte contrária um “novo contraente”, com quem não celebrou, inicialmente, nenhum contrato nem efetuou, posteriormente, qualquer contacto, seja na fase de negociação, celebração, cumprimento ou rescisão daquele mesmo contrato. Parece-nos que, para que possamos falar em extensão da convenção arbitral a não signatários tem que existir um consentimento tácito de ambas as partes. Se a sociedade pertencente ao grupo de sociedades participou ativamente no contrato e a parte contrária nisso consentiu então, é legítimo considerar que tanto a sociedade não signatária do grupo aceitou a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem, como a parte contrária assentiu na intervenção daquela(s), constituindo sua intenção contratar com as duas (a signatária e não signatária), ou mesmo com a totalidade do grupo - no caso de esta hipótese se estender a

²⁹²“A estrutura do grupo e a participação ativa dos não signatários na negociação e na execução do contrato específico devem sugerir que a parte não signatária e signatária pretendem submeter-se à arbitragem” - BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 162.

²⁹³ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 195.

²⁹⁴ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 195.

todas as sociedades do grupo com quem a parte contrária não celebrou, formalmente, qualquer contrato.

Verificados estes requisitos podemos concluir, que não obstante a sociedade em questão não ter subscrito, pelo menos formalmente, a convenção de arbitragem, deu o seu consentimento para a submissão à arbitragem, através da sua participação na negociação celebração e ou execução do contrato, estendendo-se deste modo àquela sociedade a eficácia da convenção de arbitragem.

Desta doutrina do grupo de sociedade podemos concluir, com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA²⁹⁵ que, se por um lado é admissível que a ação arbitral seja, inicialmente, intentada por, ou contra, outros interessados que não subscreveram a convenção, mas relativamente à qual manifestaram, ainda que tacitamente, a vontade de adesão, por outro lado, e nesta sequência, devemos igualmente concluir, pelos mesmos motivos, que se esses interessados não constarem como partes iniciais no processo arbitral poderão intervir ou ser chamados a intervir no processo arbitral pendente.

Verificando-se que existiu uma real vontade da parte não signatária em submeter-se à arbitragem, e que essa foi também a intenção da parte cocontratante, admite-se a extensão da convenção de arbitragem àquela sociedade, não se vislumbrando, para nós, qualquer fundamento para que a mesma não possa intervir, ou ser chamada a intervir, no processo arbitral ficando, de igual modo, vinculada à sentença que daí advenha se efetivamente vier a ser parte no processo.

Na doutrina portuguesa temos vozes discordantes nesta matéria.

Assim, e a favor da extensão da convenção de arbitragem a outras sociedades do grupo, MANUEL PEREIRA BARROCAS²⁹⁶, defende que “demonstrando-se a sua [da sociedade] adesão implícita ou presumida à convenção de arbitragem firmada, não vemos qualquer obstáculo à sua admissão no processo arbitral e à sua vinculação à sentença arbitral [...]”²⁹⁷. De igual modo, e adeptos da extensão da convenção arbitral no seio da teoria do grupo de sociedades temos MARIANA FRANÇA GOUVEIA²⁹⁸ e JORGE MORAIS CARVALHO²⁹⁹ que perfilham do entendimento segundo o qual “o contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos elementos relevantes das negociações [...] revelar que várias sociedades ficaram vinculadas ao

²⁹⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Intervenção de Terceiros*, cit., p. 163 e 164.

²⁹⁶ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 212.

²⁹⁷ BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 212.

²⁹⁸ CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 131 e 132.

²⁹⁹ CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 131 e 132.

negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento, ainda que tacitamente, essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem. Aplicam-se nesse contexto os princípios gerais, sendo a tarefa interpretativa fundamental para determinar quem é que, em concreto, é parte de um contrato.”³⁰⁰

Sendo certo que, para estes autores a existência de um grupo de sociedades não é suficiente para que se possa verificar a extensão da convenção arbitral. Também CARLA GONÇAVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO³⁰¹ perfilham do entendimento segundo o qual, não obstante a regra ser a de que a convenção de arbitragem apenas produz efeitos entre as partes que formalmente a subscreveram, existem determinadas circunstâncias em que devemos considerar que a eficácia da convenção abrange terceiros (não signatários da convenção arbitral) que manifestaram, presumida ou implicitamente, a sua vontade em submeterem determinados litígios a arbitragem.

DÁRIO MOURA VICENTE³⁰² adota aqui uma posição que tendemos a considerar intermédia uma vez que, para este autor, é sempre necessário que a convenção de arbitragem revista forma escrita, não podendo uma manifestação tácita de consentimento preencher essa forma. Porém, não exige que seja a própria convenção a ter forma escrita para que esse requisito se considere preenchido. Na verdade, basta-se com a verificação da forma escrita do facto do qual se infere a manifestação de consentimento em aderir à convenção arbitral (facto concludente).

Em sentido diverso, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁰³ adota a posição segundo a qual “a responsabilidade de uma sociedade por obrigações de outra põe-se no âmbito da responsabilidade por dívidas. Mais longe do que isso e ao ponto de permitir a inclusão em convenções de arbitragem em que ela não seja parte: apenas muito apertadamente, *ex bona fide* e nos casos que justifiquem o levantamento.”³⁰⁴

Por sua vez, JOSÉ LEBRE DE FREITAS³⁰⁵ sustenta que “a personalidade jurídica coletiva é uma realidade basilar dos nossos sistemas jurídicos e, por muito que várias sociedades se mostrem entre si agrupadas, repugna à minha consciência de jurista que se possa vir a sujeitar a uma convenção de arbitragem sociedades diversas daquelas

³⁰⁰ CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas*, cit., p. 131.

³⁰¹ BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 130.

³⁰² VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento*, cit., p. 993 e 994.

³⁰³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 342.

³⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 342.

³⁰⁵ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 195.

que a subscreveram, ainda que tenham tido um papel essencial na decisão de celebrar a convenção que não assinaram ou no cumprimento do contrato em que ela foi inserida.”³⁰⁶

Na mesma linha de pensamento, ARMINDO RIBEIRO MENDES³⁰⁷ sustenta, referindo-se à teoria do “grupo de sociedades”, que “a lei não permite a extensão da eficácia subjetiva das convenções de arbitragem a terceiros que não a subscreveram, não sendo sucessores, em sentido amplo, dos primitivos subscritores”³⁰⁸, apenas admitindo que aqueles terceiros “podem aderir a certa convenção de arbitragem”³⁰⁹, “por acordo entre as primitivas partes e [aqueles] terceiros [...] se tiverem interesse em tal.”³¹⁰

3.3.4. A TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

As decisões dos tribunais portugueses existentes nesta matéria, embora sendo escassas, vêm negando a extensão da convenção de arbitragem na teoria do grupo de sociedades. Nesta temática, merecem a nossa atenção dois acórdãos portugueses dignos de menção e análise: o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa³¹¹, datado de 10-01-2011, e bem assim o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça³¹², datado de 08-09-2011, em sede de recurso daquele acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.³¹³

³⁰⁶ FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 195.

³⁰⁷ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

³⁰⁸ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

³⁰⁹ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

³¹⁰ MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

³¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10-01-2011, proferido no âmbito do processo 3539/08.06TVLSB.L1-7, Relator: Desembargador: Abrantes Galdes, disponível em www.dgsi.pt

³¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator Conselheiro: João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt

³¹³ Existe ainda um outro Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, datado de 24-03-2015, Relatora Desembargadora: Isabel Fonseca, disponível em www.dgsi.pt, que trata igualmente da teoria do “grupo de sociedades”. Neste caso, a sociedade A e a sociedade B intentaram uma ação nos tribunais estaduais contra a Sociedade C, tendo esta invocado a exceção de preterição do tribunal arbitral e tendo, nessa sequência sido absolvida da instância. Os autores recorreram e a sociedade B alegou não ser parte em nenhum dos acordos que continham a cláusula compromissória e, por esse motivo, não se encontrava vinculada por aquela, devendo a ação prosseguir nos tribunais estaduais. O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu pela procedência do recurso quanto à sociedade B, revogando a decisão de primeira instância e decidindo pela competência do tribunal estadual para julgar a causa quanto à sociedade B. O Tribunal da Relação sumariou a sua decisão argumentando que “1- [a] cláusula compromissória constante dum contrato vale entre os outorgantes que subscreveram o acordo (art. 406.º do Cód. Civil); Sem prejuízo, é de admitir a extensão da eficácia dessa cláusula a um terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral; 2 [a] adesão tácita (implied consent) deve emergir de factos que com toda a probabilidade a revelem (art. 217.º, n.º 1, parte final do Cód. Civil); para esse efeito não basta que o terceiro tenha tido intervenção na fase de negociações e execução do contrato em que se insere a convenção arbitral, exigindo-se que,

Os dois acórdãos referidos abordam a temática da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários. Sendo certo que, o Tribunal da Relação de Lisboa abordou a questão no âmbito da teoria do grupo de sociedades ou grupo de empresas e o STJ ao abrigo da cessão de créditos. Independentemente do enquadramento e da abordagem que cada um dos tribunais deu à questão da extensão da convenção de arbitragem a terceiros que não a subscreveram, a verdade é que ambos os tribunais recusaram essa extensão à sociedade terceira que não subscreveu, formalmente, a convenção arbitral.

Para uma melhor compreensão, abordagem e tomada de posição sobre o tema, exporemos, ainda que sumariamente, os factos subjacentes a ambos os acórdãos e bem assim as decisões adotadas por cada um dos tribunais.

O caso em apreço pode ser, assim, sumariado da seguinte forma: a Sociedade A celebrou com a sociedade B (1.^a Ré) um contrato de agência. Posteriormente, foi assinado entre as mesmas partes, um novo contrato de agência no qual se incluía uma cláusula compromissória, nos termos da qual qualquer litígio emergente daquela relação contratual seria dirimido de acordo com a Lei Dinamarquesa de Arbitragem, sendo o local da arbitragem sito em Copenhaga. Sucede que, após a celebração de ambos os contratos a sociedade B remeteu uma carta à sociedade A com a indicação que, não obstante o contrato de agência ter sido celebrado entre as duas, a faturação das comissões seria efetuada à sociedade C (2.^a Ré e sociedade subsidiária da sociedade B), sendo esta sociedade que passaria a efetuar o pagamento daquelas comissões à sociedade A (autora).

Na sequência da cessação do contrato de agência pela sociedade B, em 31-12-2006, a sociedade A instaurou ação nos tribunais estaduais peticionando: i) a condenação da sociedade B no pagamento de uma indemnização de clientela; ii) a condenação daquela sociedade no pagamento de uma quantia a título de comissões e, ainda, iii) uma indemnização por incumprimento contratual. Mais peticionou a condenação solidária entre a sociedade B e a sociedade C no pagamento das comissões devidas. Subsidiariamente, formulou igual pedido contra a sociedade D de modo a acautelar o seu pedido na eventualidade de se vir a concluir pela inexistência jurídica da sociedade B.

concretamente, se possa assentar que o terceiro tinha conhecimento da existência da convenção de arbitragem, estando consciente de que dessa forma seriam resolvidos os litígios emergentes do contrato, assim possibilitando inferência de adesão à cláusula arbitral.”

Em face do exposto, as Rés invocaram a exceção de preterição do tribunal arbitral com base na cláusula compromissória incluída no contrato de agência, tendo o tribunal estadual de primeira instância, nessa sequência, absolvido todas as rés da instância.

A Autora (sociedade A) instaurou ação arbitral contra as Rés (sociedade B, C e D) na Dinamarca e apelou para o Tribunal da Relação de Lisboa.

Em sede de recurso o Tribunal da Relação manteve a decisão de primeira instância quanto à primeira Ré (sociedade B), mas quanto às sociedades C e D considerou que não se encontrando as mesmas vinculadas à convenção de arbitragem “não existe fundamento para a sua absolvição da instância, com fundamento na sua violação.”³¹⁴ Assim, acabou por manter a decisão recorrida na parte em que absolveu a sociedade D da instância embora o tenha feito com fundamentos diferentes daqueles que justificaram a absolvição da sociedade B. De facto, enquanto a sociedade B foi absolvida da instância por força da exceção de preterição do tribunal arbitral, a sociedade D foi absolvida por força da exceção de ilegitimidade por um lado e, por outro lado, por força do argumento segundo o qual a incompetência relativa do tribunal arbitral para conhecer da ação contra a sociedade B obstar ao prosseguimento da ação contra a sociedade D, já que o pedido formulado quanto a esta é subsidiário.

Este último argumento é por nossa parte merecedor de um pequeno reparo porquanto, não é inteiramente certo que a incompetência do tribunal estadual relativamente à sociedade B (signatária da convenção arbitral) obste ao prosseguimento da ação contra a sociedade D (não signatária da convenção de arbitragem) uma vez que, tendo o tribunal da relação concluído pela não vinculação da sociedade D à convenção arbitral, pois partiu do pressuposto que a convenção arbitral apenas vincula as partes que a formalmente a subscreveram, poderia sempre permitir que a ação judicial prosseguisse contra a sociedade D caso se viesse efetivamente a verificar a inexistência jurídica da sociedade B. Assim, embora possamos admitir a absolvição da instância da sociedade D com base na exceção da ilegitimidade, consideramos, no entanto, que o argumento adicional que *supra* expusemos (improcedência da ação contra a sociedade D por absolvição da instância da sociedade B) não tem razão de ser e chega até a ser contraditório com a decisão de anulação da sentença de primeira instância no tocante à absolvição da instância da sociedade C.

³¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10-01-2011, proferido no âmbito do processo 3539/08.06TVLSB.L1-7, Relator Desembargador Abrantes Geraldês, disponível em www.dgsi.pt

O Tribunal da Relação de Lisboa acabou por concluir, baseando-se, apenas e só, no princípio da eficácia relativa dos contratos, que “[a] convenção arbitral celebrada com uma sociedade integrada num grupo de sociedades apenas vincula a outorgante, sem embargo de acordo posterior com outras sociedades.”³¹⁵

Relativamente à sociedade C, e uma vez que esta não assinou o contrato de agência que incluía a convenção arbitral, não foi considerada parte na convenção arbitral, tendo, no entanto, a ação judicial prosseguido os seus efeitos quanto àquela.

Esta decisão não pode deixar de nos merecer o reparo. De facto, acompanhando DUARTE GORJÃO HENRIQUES³¹⁶, que se debruçou sobre uma análise detalhada destes acórdãos, não vislumbramos de que modo é que o Tribunal da Relação considerou que a carta remetida pela sociedade B para a sociedade A, para que este faturasse as comissões à sociedade C e esta lhe efetuasse os pagamentos, não foi suficiente para se considerar estarmos perante a aceitação, ainda que tácita, da cláusula compromissória inserida no contrato de agência mas, foi suficiente para se considerar que havia uma relação contratual entre a sociedade C e a sociedade A e fazer prosseguir contra aquela a ação judicial. Ora, se se concluiu pela existência de uma relação contratual entre estas duas sociedades, adveniente, aliás, do contrato celebrado entre a sociedade A e a sociedade B, então, deveria ter-se igualmente concluído pela vinculação da sociedade C à cláusula compromissória contida naquele contrato, do qual, na verdade, emergiu a relação contratual entre a sociedade B e C.

O Tribunal da Relação de Lisboa, não obstante repugnar a teoria do grupo de sociedades acabou por apreciar a questão sob este prisma concluindo que a “extensão subjetiva da convenção arbitral não funciona de forma automática pressupondo que a sociedade não signatária tenha participado na negociação e no cumprimento do contrato, relevando, além disso, a intenção das partes, máxime da parte contrária no ato de celebração.”³¹⁷ Por último, aquele tribunal notou que a teoria do grupo de sociedades não tem sustentação na jurisprudência nacional, mas que a mesma assumiria relevância se discutida nos tribunais arbitrais. Certo é que, para que essa discussão se coloque nos tribunais arbitrais é necessário que, na dúvida sobre a existência de uma convenção de arbitragem em relação a uma das partes demandadas se remeta a questão para os

³¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10-01-2011, proferido no âmbito do processo 3539/08.06TVLSB.L1-7, Relator Desembargador Abrantes Geraldês, disponível em www.dgsi.pt

³¹⁶ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 148.

³¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10-01-2011, proferido no âmbito do processo 3539/08.06TVLSB.L1-7, Relator Desembargador Abrantes Geraldês, disponível em www.dgsi.pt

tribunais arbitrais a fim de se apurar pela extensão daquela convenção à parte que não a subscreveu.

O Supremo Tribunal de Justiça³¹⁸ perfilhou do mesmo entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no tocante à teoria do “grupo de sociedades”, sumariando na sua decisão que “[a] convenção de arbitragem constante da cláusula dum contrato só vale, em princípio, entre os outorgantes”³¹⁹. Porém, e diferentemente da abordagem feita pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a carta endereçada pela Sociedade B à sociedade A na qual informava esta que a faturação das comissões deveria ser efetuada à sociedade C não constitui uma forma válida e eficaz de aquela sociedade ficar vinculada pela convenção de arbitragem ao abrigo da teoria da cessão de créditos, acrescentando, nessa sequência, que a convenção de arbitragem poderá valer “relativamente ao cessionário da posição contratual, ao cessionário do crédito ou ao aderente do contrato. Não alcança qualquer destas figuras a comunicação dum das outorgantes à outra de que a faturação devia passar a ser feita a terceira.”³²⁰ Este último ponto merece a nossa concordância embora por razões distintas daquelas em que se pautou aquele acórdão. É certo que o caso em apreço não se enquadra em nenhuma das figuras mencionadas, e relativamente às quais nos referimos como situações de transmissão da posição subjetiva da relação contratual. Porém, é igualmente certo que o caso *sub judice* tem total enquadramento na figura da extensão da convenção arbitral propriamente dita, mormente, na teoria do grupo de sociedades ou, quando muito, enquadrar-se-ia na figura da transmissão de dívidas, tal como sustenta DUARTE GORJÃO HENRIQUES.³²¹

Porém, o STJ optou por manter a decisão do Tribunal da Relação no tocante à sociedade C. Razão pela qual reiteramos nesta sede a crítica anteriormente exposta relativamente ao acórdão do Tribunal da Relação que andou mal, por contraditório, em fazer prosseguir a ação judicial contra a sociedade C. Na verdade, e alicerçando-se no facto de a sociedade C não ter subscrito a convenção arbitral para justificar a sua não absolvição da instância por exceção de preterição do tribunal arbitral, então sempre teria que a absolver da instância por não existir nenhuma relação entre a sociedade A e a

³¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator: Conselheiro João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt

³¹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator: Conselheiro João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt

³²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator: Conselheiro João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt

³²¹ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 177 a 179.

sociedade C declarando, desse modo, a ilegitimidade desta última. Embora fosse uma decisão que não merecesse, de igual modo, a nossa adesão por considerarmos que esta sociedade deveria igualmente ter sido remetida para arbitragem, pelo menos seria uma decisão coerente com as premissas invocadas. Na verdade, tendo considerado que a sociedade C não se encontrava vinculada à cláusula compromissória, por não ter subscrito o contrato de agência em que aquela estava inserida, não se vislumbra de que modo se poderá assumir a existência de uma relação contratual entre esta e a sociedade A. Ou se considerava que a sociedade C não era parte no contrato e, conseqüentemente, na convenção de arbitragem ou, a considerar-se como parte daquele contrato, ter-se-ia que considerar igualmente vinculada pela convenção de arbitragem.

Equacionando agora a hipótese de a ação em apreço ter sido intentada no tribunal arbitral pela sociedade A contra a sociedade B e C, impõe-se questionar se esta demanda seria admissível, reconhecendo-se, nessa sequência a extensão da convenção de arbitragem à sociedade C.

Partindo do entendimento da doutrina e da jurisprudência estrangeira, tendemos em crer que existiam fortes probabilidades de a sociedade C ficar submetida à arbitragem por força da extensão da convenção arbitral. Tanto mais que, como *supra* se mencionou a sociedade A iniciou um processo arbitral na Dinamarca, tal como havia sido acordado na cláusula compromissória, contra a sociedade B, C e D.

Nesta sede, e tal como sustenta BERNARD HANOTIAU³²², no seu estudo em que aborda todas as questões relacionadas com a teoria do “grupo de sociedades” cremos que: “[q]uando um tribunal estadual ou um tribunal arbitral têm que determinar quem são as partes numa convenção de arbitragem, têm que determinar primeiro quem – com maior ou menor formalismo – prestou o seu consentimento. O consentimento pode ser expresso ou tácito.”³²³

Porém, e por força do princípio da competência-competência, o tribunal estadual não pode decidir sobre a validade e a eficácia da convenção arbitral, a menos que esta seja manifestamente nulo, ineficaz ou inexecutável.³²⁴ Razão pela qual, e desviando-nos um pouco daquilo que é afirmado por BERNARD HANOTIAU,³²⁵ cremos que a determinação da existência da convenção de arbitragem relativamente a uma das partes tem que ser aferida no tribunal arbitral. De facto, se não estivermos perante hipóteses

³²² HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 7.

³²³ HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 7.

³²⁴ Artigo 5.º, n.º 1 da LAV.

³²⁵ HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 7.

em que a inexistência, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção arbitral é manifesta, o tribunal estadual, deverá declarar, a requerimento, a exceção da preterição do tribunal arbitral.

Como afirma DUARTE GORJÃO HENRIQUES³²⁶ “se uma parte o requer, o tribunal estadual deve presumir que existe uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível. Existe uma presunção *in favor arbitrandum ou in favor validitis*. Esta exceção apenas poderá improceder quando o tribunal estadual esteja em condições de concluir, sem necessidade de qualquer análise mais detalhada e sem necessidade de qualquer outra alegação ou prova de factos, que a convenção de arbitragem inexistente, [...] é inválida, [...] caducou [...] ou é insuscetível de ser executada [...]”³²⁷

Ainda assim, sempre se poderá alegar que quando apenas uma das partes que figura na ação assinou o contrato no qual se insere uma cláusula compromissória, a convenção de arbitragem inexistente em relação às restantes partes que não a subscreveram. Porém, nesse caso, sempre terá que se diligenciar no sentido de indagar se existiu consentimento tácito e se, nessa sequência, aquelas partes, ainda que não sejam formalmente signatárias, estão vinculadas pela convenção de arbitragem. Nesta última hipótese, o tribunal competente para efetuar essa análise será o tribunal arbitral e não o tribunal estadual. Remetida a questão para o tribunal arbitral, este determinará a sua competência analisando se as partes, através da convenção arbitral, deram o seu consentimento expresso, através da assinatura no documento contratual, ou tácito, através da adoção de condutas que permitam presumir que aquela parte aceitou o contrato e a convenção arbitral considerando-se e agindo como parte do mesmo.

Igual argumento se invoca no caso da questão da inexistência, validade ou eficácia da convenção arbitral ser colocada perante o próprio tribunal arbitral. Nesta hipótese, e reiterando-se o que *supra* se argumentou, estaremos na sede própria e perante o tribunal competente para apreciação da questão, computando e fazendo, obviamente, uma análise detalhada dos factos articulados pelas partes e das provas juntas aos autos.

Nestes termos, deveremos concluir pela extensão da convenção de arbitragem quando “uma análise *prima facie* da convenção de arbitragem e do litígio configurado

³²⁶ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 161.

³²⁷ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 161.

pelas partes [...]”³²⁸ leve à “conclusão de que existe um vislumbre de conectividade que é necessária verificar-se entre a parte terceira e a cláusula compromissória [...]”.³²⁹

Assim, no caso dos acórdãos que expusemos, o Tribunal da Relação deveria ter confirmado a decisão de primeira instância, e em consequência absolver todas as Rés da instância, com base na exceção de preterição do tribunal arbitral, uma vez que “basta um simples vislumbre ou aparência de conectividade entre uma convenção arbitral, as partes, a operação económica e o litígio para que se conclua pela existência de uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível.”³³⁰ Deste modo, assumir-se-ia *ab initio* a extensão da convenção arbitral às duas outras Rés (sociedade C e D), que não subscreveram formalmente a convenção de arbitragem e, posteriormente, o tribunal arbitral indagaria pela admissibilidade ou inadmissibilidade dessa extensão.

Aqui chegados, parece-nos legítimo concluir que a generalidade da nossa doutrina não tem um entendimento muito diverso daquele que foi aplicado no caso *Dow Chemical*. Já no que diz respeito à nossa jurisprudência, baseando-nos nos acórdãos consultados, parece-nos que ainda há uma grande relutância em aplicar a “teoria do grupo de sociedades”. Cremos que tal facto advém do enraizamento daqueles tribunais aos princípios basilares do nosso Direito, mormente ao princípio da eficácia relativa dos contratos.

Por nossa parte, tendemos a adotar uma posição favorável à extensão da convenção de arbitragem a sociedades não signatárias pertencentes ao mesmo grupo económico. Ressalve-se, no entanto, que o recurso à aplicação da teoria do grupo de sociedades reveste carácter excepcional porquanto, “[e]xiste um princípio quase universal de separação de personalidades jurídicas que não pode deixar de ter intervenção nos grupos de empresas.”³³¹

Assim, para que possamos recorrer à aplicação desta teoria, é necessário que se verifiquem os requisitos que *supra* se elencaram pois, só assim estaremos em condições de estender a eficácia da cláusula compromissória a sociedades não signatárias pertencentes ao mesmo grupo económico.

Sendo certo que, como se vem reiterando, não basta a pertença a um grupo de sociedades para que uma ou algumas delas se considerem vinculadas pela convenção arbitral. Não seria concebível admitir que uma sociedade, apenas e só, pelo facto de

³²⁸ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 180.

³²⁹ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 180.

³³⁰ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 163.

³³¹ HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 171.

pertencer a um grupo de sociedades ficasse vinculada pelos contratos e cláusulas compromissórias celebradas por outras sociedades do grupo. A admitir-se essa possibilidade estaríamos a esvaziar de sentido a vontade das partes que está subjacente à celebração de contratos e, mormente, à celebração de uma convenção de arbitragem. Não poderemos impor um contrato a uma sociedade somente pelo facto de esta assumir determinada qualidade que, no caso do grupo de sociedades se traduz na pertença a esse grupo.

No entanto, é igualmente certo que, existindo uma aceitação tácita ou manifestação de vontade que nos permita presumir que tanto a sociedade não signatária como a parte contrária estabelecem uma relação entre si, que se protelou no tempo, não se nos afiguram razões para concluir que a sociedade não signatária não esteja vinculada pela convenção de arbitragem.

Porém, importa ressaltar que a presunção que recai sobre ambas as sociedades (sociedade não signatária e parte contrária) terá sempre que ser uma presunção ilidível que permita às partes, mediante prova em contrário, atestarem que essa não foi a sua real vontade ou que não praticaram atos que permitam levar a essa presunção. Estando no domínio da autonomia da vontade não se nos afigura admissível que as partes vejam recair sobre si uma presunção inilidível que as impeça de se subtraírem à convenção de arbitragem e, conseqüentemente, de dirimir os seus litígios através dos tribunais estaduais. Traduzindo-se a convenção de arbitragem numa manifestação de vontade das partes, mediante a qual estas exercem o seu direito potestativo de poder submeter determinado litígio a um tribunal arbitral, não se poderá transformar esse direito numa imposição resultante de uma presunção inilidível.

Fazendo agora o ponto de contacto entre a nossa posição nesta sede e a distinção que vem sendo feita ao longo de toda esta exposição entre “verdadeiros” e “falsos terceiros”, resulta evidente que a(s) sociedade(s) não signatária(s) pertencentes ao mesmo grupo económico, verificados que sejam alguns requisitos, enquadrar-se-ão no conceito de “falsos terceiros”. Porquanto, como ficou *supra* exposto, será verdadeiro terceiro em relação ao processo arbitral aquele sujeito que esteja vinculado pela convenção de arbitragem, mas que não figura no processo arbitral como parte inicial. Ao invés, será falso terceiro em relação à convenção de arbitragem, mas verdadeiro terceiro em relação ao processo arbitral, aquele sujeito que, não obstante não ser signatário da convenção de arbitragem, fica, verificadas determinadas circunstâncias, a

ela vinculada - seja por força da transmissão da posição jurídica de uma das partes da convenção, seja por extensão dos efeitos da convenção de arbitragem.

Assim, a sociedade que apenas aceitou tacitamente a convenção de arbitragem, mas que não a subscreveu, sendo chamada a intervir num processo arbitral pendente, e existindo razões para se considerar que os efeitos da convenção de arbitragem lhe são extensíveis, será um “falso terceiro” em relação à convenção de arbitragem, - porque não a subscreveu mas está a ela vinculada – mas “verdadeiro terceiro em relação ao processo arbitral” uma vez que, não obstante estar vinculada pela convenção de arbitragem não figura no processo arbitral com parte inicial.

Por nós, tendemos a considerar que haverá razões para se considerar que a sociedade não subscritora está vinculada pela convenção de arbitragem quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos: i) existência de um grupo económico unitário, grupo de sociedades; ii) celebração por parte de uma das sociedades do grupo de um contrato no qual se encontre inserida uma cláusula compromissória; iii) pertença da sociedade não signatária ao grupo de sociedades em que uma delas subscreveu a convenção; iv) participação ativa da sociedade não subscritora na negociação, celebração, cumprimento ou até rescisão do contrato em que está inserida a cláusula compromissória e, por fim, v) a intenção da parte contrária, com quem foi celebrado o contrato e a convenção, em estabelecer relação com a sociedade não signatária.

3.4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.4.1. O INSTITUTO

Situação diversa daquela que *supra* expusemos, embora seja é analisada em estrita ligação com a mesma, é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ou levantamento da personalidade coletiva.

Antes de entramos na análise do instituto, mormente na (in)admissibilidade da sua aplicação nos tribunais arbitrais, faremos apenas uma breve resenha em termos gerais a esta figura.

Está bem de ver que este instituto tem aplicação no tocante às pessoas coletivas, devendo considerar-se como tais todas as pessoas em que o centro de imputação de normas jurídicas não corresponda a um ser humano.³³²

Toda a pessoa coletiva nasce através de um ato constitutivo. E é precisamente através deste ato que a pessoa coletiva adquire personalidade coletiva.

Com a atribuição da personalidade jurídica a uma pessoa coletiva emergem, de imediato dois efeitos essenciais: a autonomia pessoal e patrimonial da nova pessoa coletiva constituída. Assim, ao “nascer” uma nova pessoa coletiva, ela nasce com uma autonomia pessoal, sendo a autonomia patrimonial uma decorrência daquela³³³. Quando falamos em autonomia patrimonial pretendemos referir-nos à separação jurídica entre a pessoa coletiva e as pessoas (singulares ou coletivas) que a constituem.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma figura jurídica que não encontra previsão legal, mas que é largamente aceite pela doutrina e aplicada pela jurisprudência³³⁴ para fazer face à utilização abusiva da responsabilidade limitada que impera nas sociedades de capitais³³⁵. Na verdade, a aplicação deste instituto não fará sentido nas sociedades de pessoas, nas quais, a responsabilidade dos sócios, embora sendo subsidiária em relação à da sociedade, é ilimitada. Diferentemente do que ocorre nas sociedades de capitais, em que a responsabilidade dos sócios é limitada³³⁶, nas sociedades de pessoas essa responsabilidade é ilimitada.

Centrando-nos agora nas sociedades de capitais, está bem de ver que, o legislador consagrou dois princípios fundamentais: o da separação pessoal e patrimonial entre a pessoa coletiva e as pessoas que a constituem e o da responsabilidade limitada destas últimas. Daqui resulta que, tendo os sócios a sua responsabilidade limitada, o risco que estes correriam por conta da sociedade, transfere-se para os terceiros que com aquela se relacionem, o que, muitas vezes, motiva que se “ultrapassem determinados

³³² Esta definição de pessoa coletiva foi retirada *a contrario* da seguinte definição dada pelo Prof. António Menezes Cordeiro: “[e]m Direito, pessoa é, pois, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. A pessoa é singular, quando esse centro corresponda a um ser humano; é coletiva – na terminologia portuguesa – em todos os outros casos.” – Cf. CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000, p. 73.

³³³ TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 4, Almedina, 2012, p. 970.

³³⁴ Parece-nos claro afirmar, nesta sede, que a desconsideração da personalidade jurídica teve a sua origem na doutrina e na jurisprudência, resultado de uma necessidade do sistema para fazer face a múltiplas situações que o legislador não previu.

³³⁵ Integram este grupo as sociedades anónimas, as sociedades por quotas e as sociedades em comandita por ações.

³³⁶ “Os sujeitos irão investir capital na sociedade, o que representa um risco, pois o capital pode perder-se, mas, se pelo contrário advier lucro desse investimento, este lucro será a remuneração do risco.” – Cf. TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 971.

limites, que não ultrapassariam se a responsabilidade fosse ilimitada.”³³⁷. E é precisamente quando estes limites são ultrapassados que se justifica o levantamento da personalidade coletiva, a fim de se conseguir apurar quem são os efetivos responsáveis pelos atos abusiva ou ilicitamente praticados. Este instituto surge, assim, para cercear situações que se encontram no limite da fraude.³³⁸

Como sustenta PEDRO CORDEIRO³³⁹, “[é] a própria realidade dos factos e a natureza jurídica da sociedade comercial, como ente real e necessário à prossecução de determinados fins humanos, que o exige.”

O recurso a este instituto “aparece-nos, portanto, como um dos remédios possíveis para evitar o abuso do instituto sociedade comercial, ou [...] da pessoa coletiva em geral [...]”³⁴⁰, sendo possível, e por vezes necessário, a sua aplicação em situações de responsabilidade civil assente em princípios gerais de direito ou em situações de abuso de direito em que não exista solução legal capaz de cercear aquelas condutas. A desconsideração da personalidade jurídica serve, assim, “para alcançar atos com a aparência de licitude praticados por meio de pessoa jurídica e que só têm a sua ilicitude revelada se a autonomia da pessoa jurídica for descartada.”³⁴¹

Porém, o recurso a este instituto consubstanciar-se-á numa derrogação do princípio da separação e da responsabilidade limitada, pelo que é necessário alguma cautela na sua aplicação. De entre as situações em que a aplicação deste instituto é possível avultam três hipóteses em que mais frequentemente se fala, na doutrina³⁴², em desconsideração da personalidade jurídica: i) a confusão de patrimónios ou esferas jurídicas entre a sociedade e os sócios;^{343 344} ii) os casos de subcapitalização de uma

³³⁷ TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 973.

³³⁸ Na doutrina e jurisprudência norte-americana este cenário denomina-se de *veil-piercing theory*

³³⁹ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, AAFDL, 1989, p. 20

³⁴⁰ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 21.

³⁴¹ SOUZA, André Pagani, *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aspectos Processuais*, Coleção Direito e Processo - técnicas de direito processual, 2.^a edição, Editora Saraiva, 2011, p. 78.

³⁴² CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 115 a 124; CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 95 a 105.

³⁴³ Note-se que aqui, quando falamos em sócios não nos pretendemos dirigir apenas e só aos sócios pessoas singulares pois, como bem se sabe, as pessoas coletivas também podem ser sócios.

³⁴⁴ Na sequência do levantamento da personalidade jurídica por confusão de esferas jurídicas entre sociedade e sócios, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 29-03-2012, proferido no âmbito do processo n.º 1751/10.TVLSB.L1-2, relatora Desembargadora: Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 943/10.8TTLRA.C1, datado de 03-07-2013, Relator Desembargador: Felizardo Paiva, disponível em www.dgsi.pt, em que se procedeu à constituição de uma nova sociedade que adquiriu todos os bens de uma sociedade já existente com o intuito deliberado de não satisfazer os créditos que vários credores detinham sobre aquela sociedade existente.

sociedade e iii) os casos de atuação abusiva em prejuízo de terceiros e/ou da própria sociedade.³⁴⁵

Depois de expormos o regime das três hipóteses mencionadas vamos focar-nos na verificação das mesmas no seio de um grupo de sociedades e bem assim à possibilidade, e por vezes até mesmo necessidade, de proceder à aplicação daquele instituo, nestas relações mantidas nas sociedades em relação de grupo.³⁴⁶

3.4.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

3.4.2.1. CONFUSÃO DE ESFERAS JURÍDICAS OU MISTURA DE PATRIMÓNIOS

A expressão “confusão de esferas jurídicas”³⁴⁷ ou mistura de patrimónios³⁴⁸ abrange, como está bem de ver, duas situações diversas: *a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais*³⁴⁹. A primeira diz respeito àquelas situações em que não se consegue vislumbrar a entidade responsável por determinado ato, face à “mistura” de identidades existente, o que poderá gerar dificuldades aos credores aquando do apuramento da identidade da pessoa que querem responsabilizar por determinado ato. Por sua vez, a segunda situação, respeita àquelas situações em que não se consegue vislumbrar com clareza a separação entre o património da sociedade e o do(s) seu(s) sócio(s) ou, no caso dos grupos de sociedades, entre o património de uma sociedade ou de outra do mesmo grupo. Enquadram-se nesta segunda categoria as hipóteses em que o capital da sociedade e dos sócios, são indiferenciadamente classificados, ora como sendo da titularidade da sociedade, ora como sendo da propriedade do sócio. O que poderá gerar dificuldades aos credores na identificação do património que irá responder por determinada dívida.

³⁴⁵ Não são apenas estes casos que justificam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Na verdade, a aplicação deste instituto revela-se necessária em inúmeros casos. Pedro Cordeiro elenca, a título exemplificativo vinte casos em que se pode justificar o recurso ao levantamento da personalidade coletiva. Neste sentido, *vide* CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 18 a 20.

³⁴⁶ A propósito da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica a uma sociedade que exercia domínio total sobre outra, recomenda-se a leitura do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1988/11.1TVLSB-B-L1-2, datado de 08-11-2012, Relator Desembargador: Pedro Martins, disponível em www.dgsi.pt

³⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 115.

³⁴⁸ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 102.

³⁴⁹ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 102.

Em ambos os casos, está fácil de ver que a autonomia subjetiva e patrimonial se encontra diluída, não devendo, por isso, ser considerada e justificando, conseqüentemente, o levantamento da personalidade jurídica. Na verdade, e como sustenta ANDRÉ PAGANI DE SOUZA³⁵⁰ “a manutenção da pessoa jurídica só se justifica na medida em que for respeitada a autonomia patrimonial pelos próprios integrantes. Caso haja confusão patrimonial entre bens dos sócios e das sociedades, [...] não há por que respeitar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, pois ela está sendo utilizada para uma finalidade distinta daquela para a qual foi concebida.”³⁵¹

3.4.2.2. SUBCAPITALIZAÇÃO

Caso distinto do anterior visto são as situações em que se verifica uma subcapitalização. Estaremos perante uma situação de subcapitalização quando existe uma “desproporção entre o âmbito ou o volume de negócios da sociedade e o capital próprio para a realização dos mesmos, de modo a que o capital seja demasiado pequeno, gerando perigo de iliquidez.”³⁵² Para efeitos de recurso ao levantamento da personalidade jurídica “[v]erifica-se uma subcapitalização relevante, sempre que uma sociedade tenha sido constituída com um capital insuficiente.”³⁵³

Porém, subcapitalização tanto poderá verificar-se aquando da constituição da sociedade (subcapitalização originária) como em momento ulterior (subcapitalização superveniente). Razão pela qual se poderá justificar o levantamento da personalidade jurídica com base na subcapitalização posterior de uma sociedade pois, para que se possa recorrer ao levantamento não é necessário que a subcapitalização seja originária.

A subcapitalização pode ser nominal ou material³⁵⁴. Estaremos na presença da primeira no caso de a sociedade visada ter um capital insuficiente para a prossecução do fim a que se destina, podendo, contudo, recorrer a empréstimos feitos por parte dos seus sócios, que posteriormente se apresentam como credores da mesma. Por sua vez, a subcapitalização será material quando se verifica uma insuficiência de meios financeiros necessários à sociedade para que esta prossiga os seus fins.

³⁵⁰ SOUZA, André Pagani, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 92.

³⁵¹ SOUZA, André Pagani, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 92.

³⁵² CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p.95 e 96.

³⁵³ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 118.

³⁵⁴ A propósito desta distinção vide CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 96 e 97 e CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 118.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁵⁵ considera que apenas esta última releva para efeitos de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Ao invés, PEDRO CORDEIRO³⁵⁶ perfilha da opinião segundo a qual o levantamento terá também aplicação na subcapitalização nominal alegando que, neste caso “assume particular importância o papel duplo do sócio credor.”³⁵⁷

Por seu turno, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE E LUÍS LEMOS TRIUNFANTE³⁵⁸, partilham da opinião de que “não é qualquer subcapitalização que pode conduzir a uma reação deste tipo” (desconsideração da personalidade jurídica)³⁵⁹ considerando que, mesmo nos casos em que “a subcapitalização foi manifestamente provocada pelos sócios com intuítos fraudulentos, visando, deste modo prejudicar diretamente terceiros, então parece que o sistema jurídico não pode “fechar os olhos” [...]. Contudo, não é indispensável levantar a personalidade jurídica da sociedade. Bastará fazer responder o património dos sócios pelas dívidas da sociedade diretamente relacionadas com a subcapitalização forçada da mesma,”³⁶⁰

Embora sendo certo que a lei prevê normas específicas que visam impedir a ocorrência de situações de subcapitalização (artigos 243.º a 245 do CSC), é igualmente certo que essas normas não preveem as variadíssimas e numerosas situações em que poderá ocorrer uma subcapitalização. Razão pela qual se justifica que, nestes casos, se aplique o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

3.4.2.3. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM PREJUÍZO DE TERCEIROS E/OU DA SOCIEDADE

O recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica também se justifica nas situações em que as pessoas coletivas se servem abusiva e ilicitamente da sua personalidade jurídica para praticar atos que causam danos a terceiros ou até em prejuízo da própria sociedade. Nesta sede ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁶¹

³⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 118.

³⁵⁶ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 97 e 98.

³⁵⁷ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., p. 97 e 98.

³⁵⁸ TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, in Julgar, Lisboa, n.º 9 (Set.- Dez. 2009), Coimbra Editora, 2009, p. 135.

³⁵⁹ TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 135.

³⁶⁰ TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 135.

³⁶¹ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 122.

distingue dois tipos de situações que pretendemos também dividir com a nossa epígrafe: “atentado a terceiros e abuso da personalidade”, querendo com a primeira significar as situações em que a personalidade coletiva é abusivamente utilizada para causar danos a terceiros e a segunda para designar os casos em que as pessoas que constituem a própria sociedade praticam, de modo abusivo e sob a capa da pessoa coletiva, atos que visam prejudicar aquela mesma sociedade ou terceiros.

Porém, para que se justifique o levantamento não é suficiente que o terceiro sofra um prejuízo causado pela pessoa coletiva, é ainda necessário “que se assista a uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios.”³⁶²

Estas situações de utilização abusiva da personalidade coletiva consubstanciam-se em situações de abuso do direito ou de utilização ilícita daquela personalidade. É no entanto certo que, em todas as outras hipóteses que *supra* se expuseram e bem assim em todas aquelas em que se justifica a desconsideração da personalidade jurídica, também se verifica, em última instância, uma situação de abuso. Porém, no caso que agora está em análise, a atuação levada a cabo pela pessoa coletiva é de tal modo inconcebível e inadmissível que justifica o levantamento. Cremos que o enquadramento das situações de desconsideração neste grupo de situações será residual, isto é, cairão aqui todas as manifestações abusivas do uso da personalidade jurídica que não caibam em nenhuma das situações “específicas” que justificam o levantamento, como sejam a confusão de patrimónios ou esferas jurídicas ou a subcapitalização.

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade neste último grupo de situações não é, no entanto, aceite por todos do mesmo modo. ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE³⁶³ consideram “exagerada a invocada necessidade de recorrer imediatamente ao levantamento da personalidade coletiva da sociedade. Do nosso ponto de vista, ainda que se pretenda imputar aos sócios as consequências dos atos praticados, a sociedade nunca deixará de ser também responsável [...] criando-se, isso sim, normalmente, uma responsabilidade individual adicional.”³⁶⁴

³⁶² CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 122.

³⁶³ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 133.

³⁶⁴ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 133.

3.4.3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Passemos agora a tecer algumas considerações relativamente à aplicação da figura da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades, quando se verifica alguma das situações *supra* elencadas ou qualquer outra que justifique o levantamento.

As sociedades em relação de grupo são sociedades coligadas através de um dos meios que a lei expressa e taxativamente prevê (artigos 488.º a 491.º; artigo 492.º e seguintes do CSC). Nesta sequência, o grupo de sociedades “constitui uma forma moderna de organização empresarial, no qual uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direção económica unitária.”³⁶⁵

O elemento distintivo de uma sociedade que não pertence a um grupo e aquela que pertence é, precisamente, a submissão desta última a uma unidade de direção económica, exercida pela sociedade-mãe do grupo sobre as suas sociedades filhas, que lhe retira a sua autonomia económica e também de gestão, já que “a direção económica unitária também se pode traduzir numa política de gestão unitária”.³⁶⁶

Por esta definição, podemos alcançar que no seio de um grupo de sociedades, a autonomia patrimonial das sociedades-filhas encontra-se desvanecida, permitindo a transação de patrimónios entre as várias sociedades que integram aquele grupo. Por isso, neste caso, estaremos perante uma “confusão de patrimónios” que acarretará consequências para os seus credores. Questiona-se, em que situação ficarão os credores de uma sociedade subordinada ou de uma sociedade totalmente dominada, já que na primeira a sociedade-mãe é que dirige o modo de atuação dos órgãos administrativos da sociedade subordinada e, na segunda, é a sociedade dominante que dispõe de um poder total e absoluto sobre a sociedade dominada? Mas, não são só os credores das sociedades-filhas que correm riscos pela permeabilidade do património daquelas sociedades, também os credores da sociedade-mãe correm os seus riscos, já que será esta que terá que assegurar as suas participações no capital de sociedades.

³⁶⁵ TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 938.

³⁶⁶ “Esta política de gestão pode consistir no exercício de um controlo indireto sobre a administração das sociedades agrupadas, através de uma planificação ou fiscalização da atividade económica do grupo de sociedades.” – Cf. TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 939.

Ora, sendo aquela mistura de patrimónios nas sociedades filhas própria desta estrutura organizativa, assim como a relação de domínio e de subordinação a que aquelas poderão estar sujeitas – caso não estejamos a falar em sociedades em relação de grupo paritário - e bem assim a diminuição do património da sociedade mãe por investimento em participações sociais será que estas situações justificam, por si só, a aplicação do instituto do levantamento da personalidade jurídica?

Atentas as questões colocadas, está bem de ver que as respostas às mesmas passará por nos centrarmos na análise do levantamento da personalidade jurídica nos grupos de sociedades, uma vez que este instituto irá permitir a imputação de determinado ato que, não obstante ter sido praticado pela sociedade-filha o foi por ordem ou em ou em benefício da sociedade-mãe. Note-se, porém, que, este facto, por si só, não é suficiente para que possamos proceder ao levantamento da personalidade coletiva da sociedade filha a fim de responsabilizarmos a sociedade-mãe. É condição essencial e de verificação necessária que a adoção e a prática de tal ato vise causar e cause efetivamente um prejuízo.

A nossa lei prevê normas que possibilitam “a desconsideração” em determinadas situações. Efetivamente basta atentarmos no artigo 501.º do CSC que, visando a proteção dos credores das sociedades-filhas, determina, no seu número 1 que “[a] sociedade diretora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.”, preceito este que, por força da remissão operada pelo artigo 491.º do mesmo diploma, se aplica igualmente aos grupos constituídos por domínio total.

Neste preceito, a responsabilidade da sociedade diretora “abrange a totalidade das dívidas e obrigações da sociedade subordinada, independentemente da sua natureza jurídica ou da sua origem concreta”³⁶⁷ em três momentos: antes da celebração do contrato, após essa celebração e até à cessação do contrato de subordinação.

Existem outros exemplos de normas onde parece – e, em nosso entender é só mesmo aparência - aflorar o levantamento da personalidade jurídica através do alargamento da responsabilidade, como sejam os artigos 502.º e 503.º, n.º4 do CSC.

ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE³⁶⁸ entendem que, “esta realidade é suficiente para restringir negativamente o âmbito de

³⁶⁷ TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 959.

³⁶⁸ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 139.

aplicação da figura (desconsideração da personalidade jurídica) [...] existindo no direito positivo algumas destas normas ou institutos, deve a aplicação dos mesmos ser sempre preferida relativamente à desconsideração.”³⁶⁹ Estes autores, olham o recurso ao levantamento de forma supletiva, apenas admitindo a sua aplicação “quando nenhum outro instituto ou nenhuma outra norma permitem resolver cabalmente o problema.”³⁷⁰

Ora, é para nós evidente que a desconsideração da personalidade jurídica visa obviar àquelas situações em que, existindo uma responsabilidade limitada, se pretende “levantar o véu” dessa personalidade jurídica descurando-se a limitação de responsabilidade. No entanto, nas normas anteriormente mencionadas, mormente no artigo 501.º do CSC estamos perante uma responsabilidade ilimitada³⁷¹ da sociedade diretora. Razão pela qual, existindo legalmente uma responsabilidade ilimitada inexistente o fundamento subjacente ao levantamento da personalidade jurídica, que, reitera-se, sendo uma exigência do sistema, surge para cercear as situações que não estão legalmente previstas e protegidas por lei. Por este motivo, não cremos que, nestes casos, estejamos perante qualquer dicotomia em aplicar uma norma legal ou o levantamento da personalidade jurídica. Parece-nos, sim, que nos casos previstos nessas normas, pura e simplesmente inexistente fundamento para recorrer à desconsideração da personalidade jurídica. Razão pela qual apenas se consegue conceber que a aplicação daquelas normas terá, necessariamente que “ter preferência” sobre a aplicação do instituto do levantamento da personalidade jurídica. Na verdade, tendemos em crer que estamos perante duas coisas distintas, apenas se justificando o levantamento quando inexistente uma norma legal. Aliás, esse é exatamente o fundamento que subjaz à sua criação e aplicação.

Por outro lado, como mencionámos anteriormente, a figura da desconsideração da personalidade coletiva é uma construção doutrinal e jurisprudencial que surgiu para fazer face a situações que não merecem a tutela do Direito e cuja consequência não se encontra prevista na lei. Claro que se a lei prevê algumas situações em que parece vislumbrar o levantamento da personalidade jurídica, serão essas normas que se irão aplicar. Mas, aqui, nem sequer se discute, então, a utilidade prática do levantamento

³⁶⁹ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 139.

³⁷⁰ TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 140.

³⁷¹ Além de ilimitada, esta responsabilidade é *accessória* pois, por força do artigo 501.º, n.º 2 do C.S.C: só poderá responsabilizar-se a sociedade diretora após decorrerem 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada. Cf. TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 960.

enquanto criação doutrinal e jurisprudencial. Claro que, nesta ótica, o instituto do levantamento da personalidade coletiva é “supletivo” ou “residual”, na medida em que ele só será aplicável nos casos que não estão previstos na lei. É certo que assim é, mas isso decorre da própria natureza do instituto que foi criado na doutrina e na jurisprudência precisamente para acautelar as situações que a lei não acautelou, nem acautela.

Na verdade, nos casos regulados nas normas que *supra* se mencionaram, e acompanhado a linha de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ³⁷² “[u]ma vez que se trata de normas específicas, já não está em causa o levantamento da personalidade coletiva imposto por necessidades do sistema [...]” ³⁷³. Nestas normas, e continuando a citar aquele ilustre autor “[o] legislador parte do princípio de que, numa situação deste tipo desaparecem os valores que implicam a total separação de patrimónios. [...] Apenas para o aspeto, limitado mas importante da responsabilidade por dívidas, se procede ao “levantamento”.” ³⁷⁴

Na mesma linha de pensamento, RITA TERRÍVEL ³⁷⁵ considera que “só podemos falar em aplicação do instituto do levantamento, quando não haja outros meios legais de suprir as lacunas. E o artigo 501º é um meio legal de suprir uma possível lesão dos credores da sociedade-filha. Logo, aqui não iremos aplicar o instituto do levantamento.” ³⁷⁶

Como vimos, porém, as *supra* mencionadas normas apenas têm aplicação em casos limite em que uma sociedade está totalmente ao comando de outra, seja por se verificar uma situação de domínio total, seja por subordinação.

Em todas as outras hipóteses *supra* mencionadas, e não previstas na lei, estamos perante situações que se encontram no limite da fraude e que justificam o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE ³⁷⁷ apresentam seis requisitos cuja verificação é necessária para que possamos proceder ao levantamento da personalidade jurídica: i) inexistência de qualquer outra norma ou

³⁷² CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 81.

³⁷³ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 81.

³⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit. p. 82.

³⁷⁵ TERRÍVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 991.

³⁷⁶ TERRÍVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, cit., p. 991.

³⁷⁷ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 141 a 145.

instituto que responda inteiramente ao problema;³⁷⁸ ii) existência de confusão de esferas jurídicas de duas ou mais pessoas³⁷⁹; iii) reprovação da conduta do agente, quer na criação da situação, quer no aproveitamento dela³⁸⁰; iv) ilicitude ou abuso da conduta³⁸¹; v) a desconsideração da personalidade coletiva tem que visar evitar que sejam produzidos resultados indesejáveis no ordenamento jurídico³⁸² e, por fim, vi) apenas se deverá proceder ao levantamento da personalidade coletiva quando “da sua não aplicação resultar um dano mais intenso.”³⁸³

Por nossa parte, e em jeito de conclusão, tendemos a apontar quatro requisitos que consideramos necessários e suficientes para se proceder ao levantamento da personalidade coletiva. Em primeiro lugar, cremos que tem que se verificar uma conduta que não se coadune com as normas e princípios gerais, independentemente da forma que assuma, isto é, quer se trate de uma confusão patrimonial ou pessoal entre sociedades ou entre sociedades e sócios, quer se trate de subcapitalização ou qualquer outra forma de tentar contornar o espírito da lei, o essencial é que essa utilização seja ilícita ou abusiva. E com isto se passa ao segundo requisito: não basta que as sociedades do grupo pratiquem atos em claro abuso do direito, é necessário que o intuito subjacente a essa prática seja abusivo, de modo a criar ou tentar criar prejuízo a alguém (seja à própria sociedade ou a terceiros). Em terceiro lugar, torna-se imperativo que o ato abusivamente praticado produza os efeitos para o qual foi concebido, pois só assim se verificará o prejuízo efetivo que justifique a aplicação do instituto. Por último, só se deverá proceder ao levantamento quando inexista qualquer meio legal, seja uma norma, seja outro instituto adequável ao caso concreto capaz de cercear a conduta abusiva. Note-se que com isto não se pretende dizer que o instituto de desconsideração da personalidade jurídica tem caráter supletivo ou subsidiário, mas sim excecional.

Feito este enquadramento do instituto, vejamos se ele tem, pode, ou deve ter aplicação nos tribunais arbitrais quando estes estejam colocados perante uma situação

³⁷⁸ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 141.

³⁷⁹ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 141.

³⁸⁰ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 142.

³⁸¹ TRIUNFANTE, Armando Manuel, e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 142 e 143.

³⁸² TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 144 e 145.

³⁸³ TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 145.

que justificaria o recurso ao levantamento da personalidade coletiva nos tribunais estaduais, mormente no tocante à aplicação do instituto nos grupos de sociedades.

3.4.4. A APLICAÇÃO DA FIGURA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

Como vimos anteriormente, a aplicação da figura da desconsideração da personalidade jurídica não levanta problemas de maior nos tribunais estaduais. Porém, colocando-se possibilidade de recurso a esta figura nos tribunais arbitrais, será que essa aplicação será assim tão facilitada e isenta de dúvidas? É a esta, e outras questões decorrentes desta, que nos propomos a responder no presente capítulo.

Imaginemos, por exemplo, aqueles casos em que, deliberada e propositadamente, a sociedade subscritora do contrato e da convenção de arbitragem é a empresa que, no seio do grupo, tem uma menor capacidade económica, visando, como intenção última, serem as sociedades mais solventes as verdadeiras beneficiárias daquele contrato, tentando, deste modo, assegurar que seja somente aquela sociedade menos solvente a responder em caso de litígio. Estamos, assim, a pensar sobretudo nos casos em que uma sociedade é subscritora do contrato, por ser a sociedade menos solvente, atuando através de outras sociedades, mais solventes, com o objetivo último de, não envolver no negócio estas últimas.

Ora, perante estes cenários a desconsideração da personalidade jurídica surge para colmatar aquelas hipóteses em que as sociedades não signatárias da convenção de arbitragem são as verdadeiras beneficiárias. Porém, nestas situações, e ao invés do que acontece na extensão da convenção arbitral como anteriormente a abordamos (no seio da teoria do grupo de sociedades), aquelas sociedades (mais solventes), são beneficiárias com um intuito fraudulento. Caso não equacionássemos a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ou pelo menos *da ratio* que a este subjaz, estaríamos a impedir, por exemplo, a parte contrária, que de boa-fé celebrou o contrato com a sociedade com uma capacidade económica inferior, de reagir contra as restantes sociedades que de facto participaram ativamente na execução do contrato e que foram as verdadeiras beneficiárias do mesmo com o intuito premeditado de prejudicar terceiros ou de alcançar somente um objetivo.

A extensão da eficácia da convenção de arbitragem a terceiros não signatários e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, embora sejam institutos

diferentes a verdade é que eles andam quase de “mão dada” constituindo “os dois lados da mesma moeda.”³⁸⁴ uma vez que “numa das situações, existe uma pessoa [...] que se esconde atrás de outra entidade (coletiva) e a parte contrária faz por “despir” o manto de personalidade jurídica que cobria a posição abusiva daquele primeiro.”³⁸⁵ - desconsideração da personalidade jurídica, “[n]a outra situação existe uma terceira entidade que não é parte relação jurídica contratual que contém a convenção de arbitragem mas mesmo assim pretende aproveitar-se da vantagem de ser uma sociedade que domina ou é dominada por aquela outra que assinou e subscreveu tal convenção de arbitragem.”³⁸⁶ - teoria do “grupo de sociedades” ou “grupo de empresas”.

PEDRO CAETANO NUNES³⁸⁷ sustenta que “[p]ara quem considere que a teoria da desconsideração da personalidade coletiva pretende regular [...] situações de responsabilidade e [...] problemas de imputação, a utilização desta teoria em matéria de extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros enquadra-se, por regra, nas hipóteses de imputação.”³⁸⁸. Acrescentado posteriormente que, “[a]qui, [nos casos que justificam o recurso ao levantamento da personalidade jurídica] a submissão do terceiro à arbitragem não poderá deixar de ser enquadrada como um efeito jurídico-legal.”³⁸⁹

Tendencialmente, a doutrina não aderente³⁹⁰ à teoria do “grupo de sociedades” entende que “esta doutrina poderá conhecer limitações em casos de abuso do direito, quando se sustenta a possibilidade de afastar o véu da personalidade jurídica e encontrar o verdadeiro titular dos direitos oriundos de certo contrato”.³⁹¹

A desconsideração da personalidade jurídica mais não é do que uma das formas de estender a eficácia da convenção arbitral a terceiros que não a subscreveram, mas que a utilizaram em seu benefício e em prejuízo de terceiros, ou em claro abuso de direito para a prossecução de um fim ilícito ou para a prossecução de um fim lícito mas utilizando meios ilícitos.

Tendo presente que a linha que separa o instituto do levantamento da personalidade coletiva e a figura da extensão da convenção arbitral na teoria do “grupo

³⁸⁴HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 166.

³⁸⁵HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 166.

³⁸⁶HENRIQUES, Duarte Gorjão, *A extensão da convenção de arbitragem*, cit., p. 166.

³⁸⁷NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical*, cit. p. 119 e 120.

³⁸⁸NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical*, cit. p. 119 e 120.

³⁸⁹NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical*, cit., p. 121.

³⁹⁰CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 342 e FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, cit., p. 195; MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

³⁹¹MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., p. 84.

de sociedades” que não a subscreveram é muito ténue - já que, para que se possa proceder ao levantamento da personalidade jurídica da sociedade filha é necessário assumir-se a extensão da convenção arbitral à sociedade-mãe para a responsabilizar - impõe-se fazer a distinção de ambas as figuras de modo a que consigamos apurar, na prática, quando estamos perante uma e perante outra figura.

De uma forma genérica podemos afirmar que a distinção³⁹² entre ambos os institutos está na função que cada um deles. Na teoria do grupo de sociedades o que releva para a extensão da convenção de arbitragem a uma sociedade não signatária, é o apuramento do consentimento da parte não signatária³⁹³ e a intenção da outra parte contratante em considerar, igualmente, a vinculação daquela sociedade. No instituto do levantamento da personalidade jurídica o que está em causa já não é o consentimento da sociedade não signatária, tanto mais que este não tem que existir, mas sim a necessidade de “levantar” a personalidade jurídica da sociedade signatária para se responsabilizar a sociedade não signatária. Podemos afirmar ainda que a diferença entre ambos reside também na visibilidade e participação mais ou menos ativa que a sociedade não signatária tem na relação contratual que contém uma cláusula compromissória pois, se atentarmos, na teoria do grupo de sociedades, a sociedade não signatária tem uma participação ativa pretendo dar-se “a conhecer” e ser conhecida. Ao invés, nas situações que justificam a desconsideração da personalidade jurídica a sociedade não signatária age nos bastidores, tendo precisamente como intuito “esconder” a sua verdadeira participação.

Pretende-se com isto significar, que estaremos perante a teoria do grupo de sociedades quando uma ou mais sociedades que não assinaram o contrato, no qual se inclui a convenção de arbitragem, têm uma participação numa ou mais fases da relação

³⁹² STRAVROS L. BREKOULAKIS considera que existem duas diferenças entre a teoria do grupo de sociedades e o instituto do levantamento da personalidade jurídica: “[e]m primeiro lugar, [...] os árbitros baseiam-se num princípio nacional para determinar se a parte não signatária está vinculada por cláusula de arbitragem no contexto da doutrina do grupo de sociedades. Por contraste, quando os tribunais se referem ao levantamento da personalidade jurídica, invariavelmente dependem das leis nacionais. E em particular sobre a lei da sede da arbitragem. Em segundo lugar, a essência da teoria do levantamento da personalidade jurídica é desagregar a autonomia jurídica da sociedade subsidiária, e responsabilizar a sociedade-mãe, que exerce o controlo sobre aquela, pelo ato e omissão da sociedade-filha. Por conseguinte [...] a reclamação só deve ser capaz de convidar o tribunal a assumir a jurisdição sobre a empresa-mãe não signatária, em vez da filial [...]. A reclamação perante o tribunal não deve ser uma junção; Só poderia ser contra a empresa-mãe controladora, na medida em que este é o verdadeiro interessado. Em contrapartida, um requerente que se baseia no grupo de sociedades pode muito bem solicitar ao tribunal para se juntar a sociedade-mãe não signatária como responsável, além da sua filial signatária” BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 172 e 173.

³⁹³ Nas palavras de Fernando Matilla Serrano “[a] doutrina do grupo de sociedades consiste em apurar quem deu o seu consentimento para a convenção de arbitragem [...]”-SERRANO, Fernando Matilla, *Multiple Parties and Multiple Contracts*, cit., p. 13.

contratual. É, portanto, uma parte visível e conhecida da outra parte contratante que, pretendendo precisamente que essa visibilidade seja assumida, invoca a sua qualidade de parte na relação contratual na eventualidade de existir um litígio. O escopo da teoria do “grupo de sociedades” é o de permitir uma sociedade não signatária invocar a existência de uma convenção de arbitragem existente entre uma sociedade que domina, ou pela qual é dominada, e um terceiro.

Ao invés, estaremos colocados perante a necessidade de aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica quando estivermos colocados perante uma sociedade que não assinou o contrato no qual se inclui uma cláusula compromissória mas, embora pretendendo ser a verdadeira beneficiária daquele contrato, ou com ele alcançar objetivos próprios, mantém-se, ou pretende figurar, como parte oculta, de modo a não ficar abrangida pelos efeitos daquele contrato e daquela convenção arbitral. Na verdade, e ao contrário do que se verifica na teoria do “grupo de sociedades”, na teoria do “*alter ego*”, ou da desconsideração da personalidade jurídica, a sociedade não signatária, tentando escudar-se no princípio da separação de personalidades jurídicas das pessoas coletivas, ocultando-se e evitando qualquer participação visível em alguma das fases do contrato contém a cláusula compromissória com uma intenção fraudulenta.

Também nesta teoria, e à semelhança do que *supra* explanámos a propósito da teoria do “grupo de sociedades” não basta a existência de um grupo de empresas para que possamos recorrer à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Tal como afirma BERNARD HANOTIAU ³⁹⁴“o facto de duas sociedades pertencerem ao mesmo grupo ou de um acionista ter uma posição dominante, nunca é suficiente, em si, para justificar legalmente o levantamento da personalidade jurídica. No entanto quando uma empresa ou um indivíduo parece ser o ponto fulcral das relações contratuais numa matéria em particular, é conveniente examinar com cuidado se a independência jurídica entre as partes deve, excepcionalmente, ser ignorada [...]”³⁹⁵. O elemento a ter aqui em consideração é o da intenção fraudulenta de uma sociedade ou a atuação em claro abuso de direito. Nesses casos, a ação arbitral não deverá ser intentada contra a nova sociedade – menos solvente - (até porque esse seria o objetivo quando a mesma foi criada), mas sim sobre a sociedade que a criou.

A figura da desconsideração da personalidade jurídica surge, assim, para cercar situações abusivas de atuação por parte de sociedades que, escudando-se na sua

³⁹⁴ HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 44.

³⁹⁵ HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 44.

responsabilidade limitada praticam atos contrários à boa-fé³⁹⁶, ou até em claro abuso de direito, descredibilizando o sistema e pondo em risco a harmonia do mesmo.

Quando abordamos esta figura no seio de um grupo de sociedades, pensamos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica naquelas situações em que, por exemplo, uma ou mais sociedades do mesmo grupo de sociedades decide criar uma sociedade para a prossecução de um fim arriscado e, tendo presente essa realidade, criam uma sociedade com um capital manifestamente inferior ao necessário para a prossecução daquele fim, correspondente ao mínimo legal.

Nesta hipótese estamos, claramente, perante uma utilização abusiva do princípio da limitação de responsabilidade que justifica a desconsideração da personalidade jurídica, de modo a que se possa responsabilizar as outras sociedades, verdadeiras beneficiárias, que abusivamente se fizeram valer de outra sociedade menos solvente para prosseguirem os seus próprios objetivos.

O caso paradigmático da desconsideração da personalidade jurídica ou levantamento da personalidade coletiva é o caso *Dallah*^{397 398} que levantou precisamente a discussão a nível internacional sobre a aplicação deste instituto nos grupos de sociedades e que, por esse motivo, é merecedor de análise, ainda que sucinta.

Dallah é uma empresa saudita que celebrou com o Ministério dos Assuntos Religiosos do Governo paquistanês um contrato para aquisição de terrenos e construção de imóveis para o alojamento de peregrinos.³⁹⁹ *Dallah* assinou um memorando de entendimento com o Governo relativamente à construção de alguns imóveis para os peregrinos paquistaneses. Posteriormente, *Dallah* celebrou um contrato com o *Awami Hajj Trust* ("*Trust*"), que mais não é do que um organismo que havia sido estabelecido

³⁹⁶ “[a] boa-fé [...] traduz, até aos confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema; e ela carrega, para o núcleo do sistema, as necessidades e as soluções sentidas e encontradas naquela mesma periferia.” – Cf. CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, cit., p. 89.

³⁹⁷ Quanto à exposição sucinta dos factos e comentário às decisões do Tribunal de Apelação de Paris e do Supremo Tribunal do Reino Unido vide BOUCHARDIE Nicolas; BRUMPTON, Paul; KRAUSE, Christophe von; WHEAL, Robert, *Insight: International Arbitration*, White & Case, Fev. 2011, disponível em <http://www.whitecase.com/publications/newsletter/insight-dallah-paris-court-appeal-and-uk-supreme-court-reach-contrary>

³⁹⁸ Antes deste caso, o mais relevante neste tema era o Caso *Orri* (caso CCI n.º 5730) no qual uma pessoa singular que controlava várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo aproveitou esse facto para contratar com terceiros e neles criar a confusão quer sobre a sociedade que era efetivamente responsável pelos atos praticados, quer sobre a titularidade dos bens das sociedades que estavam envolvidas no negócio. O tribunal arbitral entendeu que este caso estava muito próximo da fraude e, nessa sequência recorreu à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que depois veio a ser confirmada pelo tribunal judicial francês. Para uma descrição mais detalhada do caso recomenda-se a leitura de HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations*, cit., p. 44.

³⁹⁹ *Dallah* é uma empresa da Arábia Saudita que presta serviços para os peregrinos que viajam para os Lugares Santos na Arábia Saudita.

por Portaria promulgada pelo Presidente do Paquistão. Este último contrato continha uma cláusula compromissória que previa que qualquer litígio emergente do mesmo seria dirimido pela Câmara de Comércio Internacional em Paris.

Ora, o Governo paquistanês, embora fosse referido no contrato celebrado, na medida em que era fornecedor de uma garantia, a verdade é que, formalmente, o Governo não era signatário do contrato nem, conseqüentemente, da convenção de arbitragem.

Sucedo que, o projeto habitacional para os peregrinos nunca se concretizou e o *Trust* deixou de ter existência jurídica após uma mudança de governo no Paquistão, o que motivou que *Dallah* tenha iniciado um processo de arbitragem contra o Governo na CCI.

Neste caso, está fácil de ver que a questão que se discutiu foi a de saber se, não sendo o Governo signatário do contrato e da cláusula compromissória que dele fazia parte integrante, ainda assim, se poderia considerar vinculado por ela.

O tribunal arbitral constituído na CCI considerou que o Governo do Paquistão se considerava vinculado pela convenção de arbitragem. Porém, e aquando da execução dessa decisão pela *Dallah* em França e em Inglaterra, tanto o *Cour d'Appel Paris* como o *Supreme Court of United Kingdom* penderam para um entendimento diverso. O primeiro concluiu que o Governo não era signatário, por um lado, e pela não vinculação do Governo à convenção de arbitragem, por outro, baseando-se na análise da vontade e da intenção daquele. Por sua vez, o *Cour D'Appel Paris* considerou que o Governo, embora não tenha, formalmente, subscrito o contrato que incluía a convenção arbitral, adotou um comportamento exteriorizador de uma intenção de participação naquele contrato, comportando-se como uma “verdadeira parte”. Razão pela qual concluiu, a final, pela vinculação do governo àquela convenção de arbitragem.

Feita esta exposição do caso *Dallah* e efetuando agora um paralelismo entre a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão da convenção de arbitragem à(s) sociedade(s) que, pertencendo ao mesmo grupo da sociedade signatária, não a subscreveram, a lógica é exatamente a mesma: se a sociedade que assinou o contrato é apenas uma sociedade figurativa, no sentido em que apenas figura formalmente no contrato, mas não participa ativamente no seu cumprimento, e a(s) verdadeira(s) beneficiária(s) não participaram, formalmente, na celebração daquele contrato, em caso

de litígio, a parte contrária poderá, e deverá, demandar, também, as sociedades beneficiárias.⁴⁰⁰

Porém, se a aplicação da figura da desconsideração da personalidade jurídica não levanta problemas de maior nos tribunais estaduais, o mesmo não acontece nos tribunais arbitrais. Como vimos, os tribunais arbitrais (*ad hoc*) têm a sua fonte de poder e de atuação na convenção arbitral. É esta que lhes atribui competência para julgar determinado litígio. Ora, se a convenção arbitral apenas foi celebrada entre A e B, não obstante ser C o verdadeiro beneficiário daquela, a verdade é que, ele não figura como parte na convenção, seja porque não a assinou, seja porque nenhuma referência lhe é feita naquela. Pelo que, o tribunal arbitral será competente, à partida, para julgar o litígio emergente da relação entre A e B. Significa que, se A demandar B e C o tribunal arbitral deverá considerar-se incompetente por C não figurar, formalmente, como signatário da convenção arbitral? Nesta sequência, ficará então A restringido a intentar a ação arbitral apenas contra B e, quanto a C terá que intentar a ação nos tribunais estaduais?

Este é, no entanto, um obstáculo que apenas se colocará para aqueles que não aceitam a extensão da convenção de arbitragem a sociedades não signatárias pertencentes ao mesmo grupo da sociedade subscritora da convenção de arbitragem.

Não se nos afigura que, em nome da exigência legal de forma, se possa privar uma parte, que celebrou um determinado contrato com uma cláusula compromissória de exercer o seu direito potestativo emergente daquela cláusula contra uma pessoa coletiva que, com o intuito premeditado de não assinar aquele mesmo contrato, mas dele ser beneficiário, colocou, apenas como figurante do mesmo, uma outra sociedade.

Pendemos para considerar que o recurso ao levantamento da personalidade jurídica nos tribunais arbitrais passará por permitir a aplicação da extensão da convenção de arbitragem à(s) sociedade(s) não signatária(s), que é efetivamente a responsável pela conduta, com o mesmo fundamento que subjaz à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a que o tribunal arbitral possa julgar-se competente para julgar o litígio. Nesta mesma linha, STRAVROS L BREKOULAKIS⁴⁰¹ considera que nestes casos de fraude, “os tribunais podem até mesmo estender a cláusula de arbitragem à pessoa física que contribuiu pessoalmente

⁴⁰⁰ Nesta linha de raciocínio, acompanhamos CARLA GONÇALVES BORGES – Cf. BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes*, cit., p. 148.

⁴⁰¹ BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 164.

através do seu comportamento”.⁴⁰² Feito este exercício, cremos que o tribunal arbitral estará em condições de aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.⁴⁰³

CONCLUSÕES

Na arbitragem voluntária, a convenção arbitral surge como fonte atribuidora de poderes ao tribunal arbitral, retirando simultaneamente o poder aos tribunais estaduais para dirimirem o litígio objeto daquela. Por esta razão, e uma vez que o tema da presente dissertação se encontra em estrita e inegável conexão com a natureza da convenção de arbitragem, começámos por nos focar, precisamente, neste ponto.

Nestes termos, concluímos, que a convenção arbitral tem natureza contratual, como, aliás, resulta expressamente do artigo 1.º, n.º 1 da nossa LAV.

No entanto, a convenção de arbitragem não pode ser vista apenas como um contrato material, mas sim como um negócio jurídico processual. Na verdade, é daquela convenção que emerge o poder jurisdicional dos tribunais arbitrais nas arbitragens voluntárias.

A convenção de arbitragem é, então, um negócio jurídico processual celebrado por duas ou mais partes. Porém impõe-se questionar: quem deverá ser considerado parte da convenção e quem deverá ser considerado terceiro em relação à mesma? E igual questão se coloca relativamente ao processo arbitral: quem será parte e quem será terceiro?

Para respondermos a estas questões começámos por distinguir duas categorias e

⁴⁰² BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties*, cit., p. 164

⁴⁰³ O que aliás tem vindo a ser feito na jurisprudência arbitral. *Vide*, a título de exemplo o caso Bidas (a que Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão fazem referência – Cf. BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção*, cit. p. 132) e no âmbito do qual Bidas firmou com uma entidade designada pelo governo do Turquemenistão, e detida a 100% por este, um acordo de *joint venture* (expressão inglesa que designa a união de duas ou mais empresas já existentes com o objetivo de iniciar ou realizar uma atividade económica comum) para explorar os recursos de petróleo e gás, o qual se incluiu uma convenção de arbitragem. Apesar de o acordo ter sido concebido para durar vinte e cinco anos a relação entre Bidas, aquela entidade e o Governo Turquemenistão rapidamente se desmoronou, uma vez que o governo insistiu em aumentar a sua quota de receitas futuras e ordenou a Bidas que interrompesse as operações em Keimir e cessasse as importações e exportações do Turquemenistão. Nessa sequência Bidas iniciou um processo arbitral contra o Governo e a entidade com quem havia celebrado o *joint venture* tendo o tribunal arbitral, constituído no Texas, considerado o Governo e aquela entidade ambos responsáveis. O tribunal estadual confirmou inicialmente a decisão do tribunal arbitral considerando que o Governo estava também vinculado pelo *joint venture* mas concluiu pela não aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por considerar não existirem indícios suficientes que justificassem a aplicação daquela figura, nomeadamente, tomou como assente que o governo não exercia um domínio total sobre a entidade com qual Bidas celebrou o *joint venture*. Este caso merece a nossa referência porque elenca doze fatores que podem servir de base para determinar se estamos ou não perante um caso que justifique o recurso à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

conceitos de terceiros: terceiro para efeitos do processo arbitral e terceiro relativamente à convenção arbitral. Porém, como esta última categoria enquadra, para nós, várias e distintas realidades procedemos à sua sub divisão, distinguindo os casos de terceiros não subscritores da convenção que se encontram vinculados àquela por força da substituição ou transmissão de posições jurídicas, e os casos extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários, mas beneficiários dos efeitos da convenção arbitral de arbitragem.

Esta divisão e sub divisão afigurou-se-nos necessária para que pudéssemos, a final, qualificar cada uma das categorias como “verdadeiros” ou “falsos terceiros”. Só fazendo este percurso é possível perceber o que, na nossa ótica, entendemos por “verdadeiro” ou por “falso terceiro” no âmbito do processo arbitral.

Assim, começámos por analisar o conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral e as condições da admissibilidade da sua intervenção.

Nesta sede, concluímos que a parte que não figurou inicialmente no processo, mas que se encontra vinculada pela convenção arbitral, poderá intervir no processo arbitral em curso (de forma espontânea ou provocada) desde que o tribunal arbitral considere que essa mesma intervenção não perturbará indevidamente o normal andamento do processo e bem assim se houver razões de relevo que justifiquem essa mesma intervenção.

Assim, no âmbito de um processo arbitral pendente só poderá admitir-se a intervenção (espontânea ou provocada) de uma pessoa que, tendo uma qualidade jurídica distinta das partes iniciais, se encontre (inicial ou subsequentemente) vinculado pela convenção de arbitragem. E é precisamente daqui que se retira o conceito de terceiro para efeitos do processo arbitral.

Deste modo, todo aquele que se encontre vinculado pela convenção de arbitragem e que não seja parte inicial no processo arbitral poderá ser considerado terceiro (“verdadeiro terceiro”).

Porém, para que uma pessoa se considere vinculada por uma convenção de arbitragem não tem que a ter subscrito. Ora, porque assim é, premente se tornou a análise da segunda categoria de terceiros (terceiros em relação à convenção arbitral). Deste modo, analisámos as hipóteses em que estamos perante terceiros não signatários da convenção arbitral, mas que a ela estão vinculados ou dela são beneficiários. Ora, se não obstante a pessoa que não subscreveu a convenção (sendo terceiro em relação a esta) se encontra a ela vinculada, então, pode intervir ou ser chamada a intervir num

processo arbitral. Nesta medida, aquele sujeito será um “verdadeiro terceiro” em relação ao processo arbitral, porque se encontra vinculado pela convenção de arbitragem (cumprindo a exigência do artigo 36.º, n.º 1 da LAV), mas “falso terceiro” em relação àquela convenção, uma vez que não a subscreveu (e daqui advém o conceito de terceiro) mas a ela está vinculado (e por isso se considera ser um terceiro “falso”).

Nesta sede, considerámos que a vinculação do terceiro não subscritor à convenção arbitral pode operar por quatro vias distintas: i) transmissão da posição jurídica de uma parte inicial da convenção arbitral; ii) adesão de um terceiro estranho à relação contratual à convenção, inicialmente estabelecida entre duas partes; iii) substituição de uma das partes iniciais por um terceiro nomeado pela parte substituída e iv) através da extensão da eficácia da convenção de arbitragem.

Efetuada a análise de cada uma das situações elencadas, concluímos que, na primeira hipótese elencada a transmissão da posição contratual poderá operar *inter vivos* ou *mortis causa*.

Concordamos que, em regra, a convenção arbitral é celebrada *intuitu personae* e, precisamente por isso, ela transmitir-se-á nos casos de sucessão. Deste modo, e de acordo com o previsto no artigo 4.º, n.º 4 da LAV, a morte ou extinção de uma das partes da convenção arbitral não a faz caducar nem extingue a instância arbitral.

Já no que diz respeito à transmissão da convenção arbitral nos negócios jurídicos *inter vivos*, tendemos a considerar que, com a exceção dos casos de novação subjetiva, a convenção de arbitragem transmite-se para o terceiro que, nessa sequência, passa a figurar na relação jurídica em substituição da parte inicial.

Porém, a transmissão da convenção de arbitragem nos negócios jurídicos analisados não opera toda da mesma forma, nem com os mesmos fundamentos, tal como aliás não poderia deixar de ser atenta a especificidade de cada um desses negócios.

Assim, vimos que no que respeita à cessão da posição contratual, é consentâneo na doutrina que, com a cessão, a convenção de arbitragem transmite-se ao cessionário. De facto, estando perante um negócio cuja eficácia exige o consentimento de todos os intervenientes (cedente, cedido e cessionário), o cessionário, ao aceitar a cessão aceita igualmente a sua vinculação à cláusula compromissória inserida no contrato cedido. Nestes moldes, não se nos afigura que o cessionário tenha que consentir expressamente na aceitação da convenção arbitral, pois esta transmitir-se-á automaticamente com a cessão. Caso o cessionário não pretenda ficar vinculado à convenção poderá adotar uma

de duas posturas: ou não aceita a própria cessão, caso em que, simplesmente, não há cessão da posição contratual, ou então segue uma segunda via, que passará pela negociação com o outro contraente da exclusão da cláusula compromissória do contrato cedido.

Por oposição à cessão da posição contratual, na cessão de créditos, não se exige o consentimento do devedor. Pelo que, a convenção de arbitragem não se irá transmitir com esse fundamento.

Relativamente a esta questão é possível divisar a existências de duas correntes opostas. De um lado, temos autores que considerem que o objeto da cessão é apenas o crédito ou parte dele, não abrangendo a convenção arbitral. De outro lado, a corrente que perfilha do entendimento segundo o qual com a cessão do crédito se transmite igualmente a convenção arbitral por ser um acessório daquele.

Por nossa parte, tendemos a enquadrar-nos na corrente que aceita a transmissão da convenção arbitral com a cessão do crédito. Porém, não cremos que essa transmissão opere por força do artigo 582.º, n.º 1 do CC que prevê que “[n]a falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente”. Na nossa modesta compreensão, cremos que a convenção arbitral se transmite com o crédito cedido, não por esta dever ser considerada como um direito acessório daquele, mas sim porque, encontrando-se a convenção de arbitragem intimamente ligada ao crédito cedido, a cessão deste, implica, necessariamente a transmissão daquela porquanto, esta só existe porque o crédito existe.

Relativamente à transmissão singular de dívidas, também o artigo 599.º, n.º 1 do CC prevê que com a dívida se transmitem, salvo convenção em contrário, as obrigações acessórias.

Em consonância com o anteriormente defendido, entendemos que, a convenção arbitral se transmite com a dívida, mas não por ser acessória daquela. A transmissão da convenção de arbitragem juntamente com a dívida verificar-se-á por dois motivos. Em primeiro lugar porque a convenção está intimamente ligada à dívida e, portanto, transfere-se com esta. Em segundo lugar existe um paralelismo entre este negócio jurídico e a cessão da posição contratual, uma vez que é necessário o consentimento quer do credor, quer do novo devedor. Assim sendo, e atento o facto de termos concluído pela transmissão da convenção arbitral na cessão da posição contratual, também em sede de transmissão singular de dívida, e por maioria de razão, teremos que

seguir igual conclusão.

Na figura da sub-rogação, distinguimos a sub-rogação legal da sub-rogação voluntária e, dentro deste divisámos a sub-rogação pessoal como meio de conservação da garantia patrimonial e a sub-rogação como uma das formas de transmissão do direito de crédito.

No tocante à sub-rogação pessoal como meio de conservação da garantia patrimonial em que se verifica a substituição do credor ao seu devedor, e uma vez que aqui não se verifica uma alteração do titular do direito, a convenção de arbitragem mantém-se. Deste modo, o credor tem que seguir a via arbitral em caso de litígio.

Relativamente à sub-rogação pessoal como forma de transmissão do direito de crédito é necessário que se verifique uma declaração expressa do sub-rogante: que será o credor nos casos do artigo 589.º do CC, ou o devedor nos casos previstos no artigo 590.º e 591.º do CC.

Ora, o artigo 594.º do CC manda aplicar à sub-rogação (enquanto forma de transmissão de um direito de crédito) o regime previsto no artigo 582.º para a cessão de créditos, e que prevê a transmissão dos acessórios do direito transmitido. Porém, tal como mencionámos a propósito da cessão de créditos, não cremos que a convenção de arbitragem se transmita por ser acessório do direito de crédito. Cremos sim que a convenção se transmite por se encontrar intimamente ligada ao crédito transmitido.

Já no que diz respeito à novação vimos que a mesma pode ser objetiva ou subjetiva, sendo que a solução relativamente à transmissão da convenção arbitral será diversa consoante estejamos perante uma ou outra.

Sendo a novação objetiva, e uma vez que nesta não opera nenhuma alteração nos sujeitos da relação jurídica, apenas existindo uma nova obrigação, teremos que analisar a vontade das partes a fim de apurarmos se a mesma foi no sentido de manter a convenção arbitral ou de a rejeitar para aquela obrigação nova.

Colocados perante uma novação subjetiva e atento o facto de aqui se verificar, não só uma nova obrigação, como, também, uma modificação subjetiva, entendemos que com a extinção da obrigação anterior extingue-se igualmente a convenção arbitral que com elas estava intimamente ligada.

Como *supra* se mencionou, a vinculação de um terceiro não signatário à convenção arbitral não opera apenas por transmissão. De facto, um terceiro poderá ficar vinculado à convenção por adesão a uma relação contratual, e à convenção, inicialmente estabelecida entre duas partes. E assim entrámos na análise da segunda via que

anteriormente se mencionou quanto aos possíveis modos de vinculação de um terceiro não subscritor à convenção de arbitragem.

Nesta segunda hipótese que analisámos e que respeita ao contrato a favor de terceiro, já não estamos perante âmbito de uma transmissão da convenção de arbitragem, mas sim perante o aditamento de uma parte. Neste caso, o terceiro só fica vinculado pela convenção de arbitragem estabelecida entre as partes contratuais (promitente e promissário) se manifestar, por declaração expressa, a sua vontade em aceitar a promessa. Com a aceitação o terceiro passa a integrar a relação inicialmente estabelecida entre promitente e promissário e, conseqüentemente, fica vinculado à convenção arbitral.

Diversamente do que ocorre no contrato a favor de terceiro, no contrato para pessoa a nomear, uma das partes inicialmente contratantes reserva-se na faculdade de designar outra pessoa que irá substituí-la, adquirindo os seus direitos e obrigações. Aqui, já não estamos perante uma pessoa que se vai juntar às partes iniciais, mas sim perante uma substituição de uma das partes iniciais por um terceiro nomeado pela parte substituída (terceira via pela qual se poderá verificar a vinculação de um terceiro signatário à convenção arbitral). Ora, se a pessoa nomeada assume as obrigações e adquire os direitos da parte substituída então, consideramos que fica igualmente vinculada à convenção de arbitragem.

Todo o percurso efetuado até aqui afigurou-se necessário para que analisássemos os casos de extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários (última forma de vinculação à convenção arbitral por parte de um terceiro não signatário). E isto porque, e em primeiro lugar, se não procedêssemos à análise dos casos anteriormente explanados, não seria perceptível descortinar o fundamento que nos leva a não inclui-los na expressão “extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários”.

De facto, nas hipóteses *supra* analisadas, não existe uma “extensão” da convenção arbitral a terceiros que não a subscreveram, mas antes se verifica uma transmissão (por morte ou *inter vivos*), aditamento de uma parte (contrato a favor de terceiro) ou substituição de uma parte por uma pessoa nomeada por aquela (contrato para pessoa a nomear).

Realizado este percurso procedemos então à análise de alguns casos que, para nós, se enquadram verdadeiramente na expressão “extensão da convenção de terceiros a terceiros não signatários”.

Assim, começámos por analisar a questão nos grupos de sociedades

questionando: se uma sociedade, mormente a sociedade-mãe, celebrar um contrato com uma cláusula compromissória esse contrato e essa cláusula aproveita às demais sociedades? Só fazendo esta análise é que poderemos descortinar se as sociedades que não subscreveram a convenção arbitral poderão, ou não, ser consideradas “terceiras” para efeitos do processo arbitral. Na verdade, estas sociedades apenas ficarão vinculadas à convenção de arbitragem e, por isso, poderão ser consideradas terceiros em relação ao processo arbitral, se concluirmos pela extensão, àquelas sociedades, dos efeitos da convenção arbitral celebrada pela sociedade-mãe ou outra sociedade do grupo.

Tendo por base a natureza contratual da convenção arbitral, é inegável que, para que uma parte se considere vinculada àquela é necessário que tenha manifestado a sua vontade nesse sentido. Porém, não perfilhamos do entendimento segundo o qual essa manifestação tem que revestir forma escrita. Bastamo-nos com a manifestação de consentimento tácito revelado pela parte não signatária, através da sua participação ativa na negociação, celebração, execução ou rescisão do contrato em que se insere a cláusula compromissória.

Verificando-se esta conduta pela sociedade não signatária presume-se o seu consentimento para o contrato e para a cláusula compromissória que nele está inserida. No entanto, e uma vez que estamos no domínio da vontade das partes, esta presunção terá que ser ilidível, de modo a permitir à parte não subscriitora afastar a presunção mediante a apresentação de provas que revelem que, afinal, essa não era a sua intenção.

Porém, a verificação deste consentimento, por si só, não chega. Uma vez que estamos a analisar a hipótese de extensão da convenção arbitral nos grupos de sociedades, é evidente que, tanto a sociedade signatária como a não signatária, que manifestou tacitamente o seu consentimento, têm que pertencer ao mesmo grupo económico para que se verifique a extensão da convenção a esta última.

A estes dois requisitos acresce ainda um outro que se prende com a intenção da parte contrária em contratar com a sociedade não signatária.

Em suma, cremos que se deverá admitir a extensão da convenção arbitral, conferindo desse modo competência ao tribunal arbitral para dirimir o litígio objeto daquela, quando: i) estejamos perante um grupo de sociedades ii) em que uma sociedade tenha subscrito uma convenção de arbitragem; iii) outra sociedade do mesmo grupo, embora não sendo signatária, tenha manifestado o seu consentimento tácito e, por fim, iv) é necessário que a intenção da parte contrária seja no sentido de aceitar que relação contratual seja também estabelecida com a parte não subscriitora.

Situação distinta, é aquela que se verifica quando uma sociedade subscreve uma convenção de arbitragem mas dela não é a verdadeira beneficiária, sendo-o uma outra sociedade do grupo que não subscreveu a mencionada convenção. Pretendemos referir-nos às hipóteses em que tal situação é criada com um intuito fraudulento, ilícito ou em claro abuso de direito.

Também nestes casos se justifica a extensão da convenção arbitral à sociedade não signatária. Porém, aqui, diferentemente do que ocorre no âmbito da teoria do grupo de sociedades, o fundamento da extensão prende-se com a necessidade de responsabilizar a sociedade não signatária e verdadeira beneficiária.

Nesta sede, estaremos a admitir a extensão da convenção arbitral nos casos que justificam o levantamento da personalidade jurídica. A título de exemplo mencionámos os casos que são maioritariamente referidos na doutrina como aqueles em que se justifica proceder ao levantamento: confusão de esferas jurídicas ou mistura de patrimónios; subcapitalização e o abuso da personalidade coletiva em prejuízo de terceiros e/ou da sociedade.

No entanto, não nos bastamos com a verificação de uma daquelas hipóteses para procedermos à extensão da convenção arbitral com o mesmo fundamento que subjaz à aplicação do instituto do levantamento da personalidade jurídica. É ainda necessário que, por trás da conduta da sociedade não subscriitora e verdadeira beneficiária, exista um intuito abusivo que vise causar prejuízo a alguém. Por outro lado, cremos que, para se proceder à extensão da convenção com este fundamento, o ato ilícito ou abusivamente praticado tem que ter produzido o(s) efeito(s) para o qual foi idealizado e realizado.

Note-se porém, que a estes requisitos teremos que adicionar ainda, e cumulativamente, um outro: ausência de qualquer norma ou instituto que nos permita cercear este tipo de situações. Apenas verificados estes requisitos, deveremos aceitar a extensão da convenção arbitral com o mesmo fundamento que justifica o levantamento da personalidade jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos*, disponível em http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/arb_doutrina_exemplo4.doc.
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Contribuição para a reforma da Lei de Arbitragem Voluntária*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, Janeiro 2007.
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010.
- BERG, Albert Jan Van Den, *Yearbook Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Vol. XXIII, Kluwer Law International, 1998.
- BORGES, Carla Gonçalves, e GALVÃO, Ricardo Neto, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, in VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2013.
- BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UN L, Ano VII, N.º 13, 2006.
- BOUCHARDIE Nicolas; BRUMPTON, Paul; KRAUSE, Christophe von; WHEAL, Robert, *Insight: International Arbitration*, White & Case, Fev. 2011, disponível em <http://www.whitecase.com/publications/newsletter/insight-dallah-paris-court-appeal-and-uk-supreme-court-reach-contrary>
- BREKOULAKIS, Stravros L., *Third Parties International Commercial Arbitration*, Oxford University Press.

- CAMPOS, Diogo de Leite, *Contrato a favor de terceiro*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 1991.
- CAMELO, António Sampaio, *A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral*, in ROA, A. 68, Janeiro 2008.
- CAMELO, António Sampaio, *A reforma da lei da arbitragem voluntária*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, A. 2, APA Almedina, 2009.
- CAMELO, António Sampaio, *Da Condução do Processo Arbitral, Comentário aos artigos 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, disponível em [http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Da_conducao_do_processo_arbitral -
_Comentarios aos arts. 30 a 38 da Lei da Arbitragem Voluntaria.PDF](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Da_conducao_do_processo_arbitral_-_Comentarios_arts._30_a_38_da_Lei_da_Arbitragem_Voluntaria.PDF)
- CARLOS, Adelino da Palma, *La Procédure Arbitrale en Droit Comparé*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1965.
- CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, *Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, A. 4, APA Almedina, 2011.
- *Collection of ICC Arbitral Awards, Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI, 1974-1975*, edited by Sigvard Jarvin & Yves Derains, Kluwer Law and Taxation Publishers.
- CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015.

- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações, Contratos, Negócios Unilaterais*, Vol. II, Almedina, 2010.
- CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, AAFDL, 1989.
- CORTEZ, Francisco, *A Arbitragem Voluntária em Portugal – “Dos ricos homens” aos tribunais privados*, in *O Direito*, Ano 124, 1992, IV, Outubro-Dezembro.
- DERAINS, Yves, *Is there a Group of Companies Doctrine?*, in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration*, 2010.
- ESQUÍVEL, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, 2004.
- FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho, *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral – Capacidade, Forma, Objeto, Conteúdo*, 1960-61, Faculdade de Direito de Lisboa.
- FOUCHARD, Philippe & GAILLARD, Emmanuel & GOLDMAN Berthold, *Traité de L'arbitrage Commercial International*, Librairie de la Cour de Cassacion.
- FREITAS, José Lebre de, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Almedina, Vol. II, 2002.
- FREITAS, José Lebre de, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral* in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2010.

- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2013.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação. Mediação. Arbitragem*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2014.
- HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006.
- HENRIQUES, Duarte Gorjão, “*A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade?*”, disponível em <http://portal.oa.pt/upl/%7B069d2092-6da0-4e0c-96cc-de54850203cb%7D.pdf>
- JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da sub-rogação como forma de transmissão de créditos: algumas questões e respostas*, in *Revista de Direito Civil*, Ano 0, Almedina, 2015.
- *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, José Miguel Judice, José Robin de Andrade, Pedro Metello Nápoles, Pedro Siza Vieira, 2012.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Da Constituição das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 2000.
- MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, disponível em <http://www.arbitragem.pt/estudos/praticasarbitrais.doc>
- NOGUEIRA, José A. A. Duarte, *A Arbitragem da História do Direito Português*, in *Revista Jurídica*, n.º 20, Novembro de 1996.

- NUNES, Pedro Caetano, *Anotação ao caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, in *100 anos de Arbitragem: Os casos essenciais comentados*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, 2015.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional: A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Convenção de Arbitragem (Aspetos Internos e Transnacionais)*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, I/II, Novembro 2004.
- PINHEIRO, Luís Lima, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida Editora, 1970.
- POUDRET, Jean-François & BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.nd ed. Thomson/ Sweet & Maxweel, London, 2007.
- RAMALHO, Tiago Azevedo, *O Princípio da Relatividade Contratual e o Contrato a Favor de Terceiro*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2013.
- REDEFERN, Alan & HUNTER, Martin, *Redefern and Hunter on International Arbitration*, 6.^a edition, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SANTOS, António Marques dos, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998.

- SANTOS, António Marques dos, *Nota Sobre a Nova Lei Portuguesa Relativa à Arbitragem Voluntária – Lei n.º 31/86, de 29 de agosto*, in *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, Volumen IV, 1987.
- SANTOS, Rute, *Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem*, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coord. Mariana França Gouveia, Ed. João Pinto Ferreira, Almedina, 2011.
- SERAGLINI, Christophe & ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de L'Arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris.
- SERRA, Adriano Vaz, *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*, in *BMJ*, n.º 51, Lisboa, 1955.
- SERRA, Adriano Vaz, *Sub-rogação nos Direitos do Credor*, in *Separata do n.º 37 do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1953.
- SERRANO, Fernando Matilla, *Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues?*, in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration*, 2010.
- SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Almedina, Vol. II, 2002.
- SILVA, Paula Costa e, *Contrato a favor de terceiro, conformação subjetiva da instância*, in: Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, 2007.
- SILVA, Paula Costa, e GRADI, Marco, *A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano*, in *RBA*, n.º 28, Out – Dez, 2010.

- SOUSA, Miguel Teixeira de, *A intervenção de Terceiros no Processo Arbitral*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, A. 5, APA, Almedina, 2012.
- SOUZA, André Pagani, *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aspetos Processuais*, Coleção Direito e Processo - técnicas de direito processual, 2.^a edição, Editora Saraiva, 2011.
- TELES, Miguel Galvão, *Addition of parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, A. 3, APA, Almedina, 2010.
- TERRIVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, in Revista de Direito das Sociedades, Ano 4, Almedina, 2012.
- TRIUNFANTE, Armando Manuel e TRIUNFANTE, Luís Lemos, *Desconsideração da personalidade jurídica*, in Julgar, Lisboa, n.º 9 (Set.- Dez. 2009), Coimbra Editora, 2009.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7.^a edição, Coimbra, Almedina, 1998.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.^a edição, Coimbra, Almedina, 1999.
- VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 46, Lisboa, Abril 1986.
- VENTURA, Raúl, *Convenção de Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 46, Setembro 1986.

- VICENTE, Dário Moura, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII, n.º 2, 2002.
- VICENTE, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, 1999.
- YOUSEEF, Karim, *The Limits of consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Group of Companies*, in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão n.º 52/92, Processo n.º 10/89, Relatora: Conselheira Assunção Esteves, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920052.html>
- Acórdão n.º 262/98, Processo n.º 140/95, Relatora: Conselheira Alves Correia, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980262.html>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3539/08.6TVLSB.LL.S1, datado de 08-09-2011, Relator: Conselheiro João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 7666/13.0TBOER.L1-1, datado de 24-03-2015, Relatora: Desembargadora Isabel Fonseca, disponível em www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 3539/08.06TVLSB.L1-7, datado de 10-01-2011, Relator: Desembargador Abrantes Gerales, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1, datado de 10-03-2011, Relator Conselheiro: Lopes do Rego, disponível em www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 477/11.8TBACN.C1, datado de 19-12-2012, Relatora Desembargadora: Albertina Pedroso, disponível em www.dgsi.pt.
- Decisão do quinto circuito do Tribunal Apelações dos Estados Unidos (United States Court of Appeals), proferida no âmbito do processo número 04-20842 (caso *BRIDAS*), datado de 21 de Abril de 2006 referente, consultável em <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1089023.html>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2, datado de 29-03-2012, Relatora Desembargadora: Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1988/11.1TVLSB-B-L1-2, datado de 08-11-2012, Relator Desembargador: Pedro Martins, disponível em www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 943/10.8TTLRA.C1, datado de 03-07-2013, Relator Desembargador: Felizardo Paiva, disponível em www.dgsi.pt