

Intervenção de terceiros em processo arbitral

1. Introdução

Agradeço à Câmara de Comércio de Lisboa a oportunidade que me dá de vir aqui dizer umas palavras sobre a Intervenção de Terceiros no Processo Arbitral.

Porque o tempo é limitado, começo por quatro recomendações de leitura sobre o tema: entre nós, o estudo de CARLA BORGES, jovem doutoranda da Universidade Nova de Lisboa, publicado no nº 7 da Themis, com o título *Intervenção de terceiros no processo arbitral* (inicialmente um relatório que me apresentou numa disciplina de doutoramento dedicada à *Pluralidade de partes em processo civil*, contendo uma resenha das questões que se levantam e das suas soluções em direito português); ainda entre nós, o artigo de MANUEL BOTELHO DA SILVA *Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias*, publicado no vol. II dos *Estudos em Homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço*; para aprofundamento do tema, as monografias *Complex arbitrations* de BERNARD HANOTIAN (Kluwer, 2005) e *L'arbitrato con pluralità di parti* de LAURA SALVANESCHI (Cedam, 1999). O tema é normalmente afluído, com

maior ou menor profundidade, em qualquer manual sobre direito de arbitragem que se preze.

Refere-se o título da minha comunicação a terceiros signatários e a terceiros não signatários da convenção de arbitragem. *Terceiro* é, pois, aqui todo aquele que não é parte na acção arbitral. Entre os terceiros vamos distinguir três categorias: terceiro que assinou a convenção base da arbitragem; terceiro que assinou uma convenção de arbitragem com esta conexas; terceiro que não assinou convenção de arbitragem.

Abstraio da proposta de Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) em apreciação na Assembleia da República, a que só farei adiante breves referências.

2. Terceiro subscritor da convenção de arbitragem

A primeira situação não oferece especialidades directamente derivadas da natureza da convenção de arbitragem, sem prejuízo das divergências de regime que possa haver entre o direito processual aplicável e o direito processual do Estado da arbitragem. Quero eu dizer, nomeadamente, que, se a arbitragem tiver como padrão processual de referência o Código de Processo Civil (CPC) português, o terceiro, relativamente ao processo, que haja assinado,

com as partes processuais, a convenção de arbitragem pode intervir espontaneamente ou ser chamado a intervir, nos mesmos termos em que tal aconteceria perante os tribunais judiciais: **intervenção principal, intervenção acessória e oposição**, espontâneas ou provocadas, podem assim ter lugar perante o tribunal arbitral.

Mas, não tendo este *jus imperii*, poderá o chamamento de **terceiro que não intervenha** ter o efeito cominado pela lei processual? poderá, designadamente, ter aplicação o art. 328 CPC, que estende o efeito de caso julgado ao terceiro citado para a intervenção principal, mas não interveniente, quando tem como pressuposto a eficácia duma **citação** que só um tribunal do Estado, ou uma extensão deste, como o agente de execução, pode efectuar?

Alguma tentação para responder negativamente será facilmente ultrapassada se se tiver em conta que os efeitos normais do acto de citação judicial se repartem, no processo arbitral, entre os da **comunicação inicial** do art. 11 LAV e os da normal **notificação da petição inicial** ao réu para este contestar. Talvez se deva é entender, por aplicação analógica desse artigo, que o convite dirigido ao terceiro, após a decisão do incidente, tem de ser feito, não pelo tribunal arbitral, mas **pela própria parte que o requereu**. A falta de poderes de autoridade do tribunal arbitral não constitui, pois, óbice, a que, perante o terceiro não interveniente, se produza a eficácia de

caso julgado, nos termos dos arts. 328 (intervenção principal), 332-4 (intervenção acessória) e 349 (oposição).

Posto isto, e continuando a considerar apenas o caso de terceiro signatário da mesma convenção em que se funda a arbitragem, a hipótese paradigmática é a de **intervenção principal**: A, B e C celebram uma convenção de arbitragem, sendo, por exemplo, A credor e B e C devedores solidários; A demanda B e, na pendência da instância, A ou B quer a intervenção principal de C; intervenha C ou não, aplica-se o regime da intervenção principal provocada do CPC, se o direito processual português se dever aplicar. O mesmo se a intervenção principal provocada visar a integração do litisconsórcio necessário, como, por exemplo, quando se queira a anulação do contrato, com C (terceiro) também celebrado.

Mais difícil é imaginar casos de convenção de arbitragem única em que C, inicialmente não demandado, só o seja posteriormente para assegurar o direito de B (réu) à indemnização em **regresso** (intervenção acessória provocada) ou para garantir que B (réu) não venha a pagar duas vezes, por C (e não A, que o demandou) ser o seu **verdadeiro credor** (oposição). São casos que podem surgir no domínio da arbitragem, mas sem que A, B e C se tenham a esta obrigado na mesma convenção, visto que as relações entre A e B e entre B e C que propiciam essas situações serão normalmente objecto de contratos separados, com cláusulas compromissórias distintas; se,

diversamente, entre os três for celebrado um só compromisso arbitral, não é normal que não deixem de ser todos eles logo inicialmente constituídos como partes.

3. Terceiro subscritor de convenção de arbitragem conexa

3.1. Passemos ao caso em que o terceiro se vinculou à arbitragem por convenção diversa da que vincula as partes na instância arbitral pendente. O facto de serem diferentes as convenções de arbitragem levará à inadmissibilidade da intervenção, espontânea ou provocada, não obstante estarem reunidos os requisitos de que as normas processuais comuns de referência¹ a fazem depender?

Algumas leis de arbitragem, no pressuposto de que esses requisitos estão reunidos, admitem a apensação de processos arbitrais pendentes. É o caso da lei holandesa de 1986 (que confere ao Presidente do Tribunal do Círculo de Amesterdão poderes para ordenar a apensação de processos arbitrais conexos) e da lei de Hong Kong de 1982 (que igualmente confere ao tribunal judicial o poder de ordenar a apensação de processos arbitrais respeitantes à mesma transacção ou ao mesmo conjunto de transacções ou que tenham em

¹ Lei processual nacional dum Estado; convenção ou regulamento processual supranacional, como é o caso do Regulamento (CE) 44/2001, de 22.12.2000 (art. 6-2); normas internacionais postas à disposição dos litigantes, como é o caso das International Rules of Civil Proceedings.

comum algumas questões de facto ou de direito)². No campo dos regulamentos de arbitragem, merece especial referência o art. 4-1 do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional, que confere às Câmaras de Comércio por ele abrangidas o poder de ordenar que uma nova causa seja submetida ao tribunal arbitral já constituído para julgar outra causa entre as mesmas partes ou uma causa sem identidade de partes que com a primeira apresente conexão. Algo de semelhante estabelecem actualmente os arts. 4-6 RegCCI e 19 RegCCI, exigindo, porém, a identidade de partes, além evidentemente da sujeição de ambos os litígios ao regulamento de arbitragem da CCI³.

Para ilustrar a aplicação concreta destas regras, serve de exemplo o caso que deu lugar à decisão da Cour d'Appel de Paris de 31.10.89. Kis France, fabricante de equipamento para a revelação e impressão de fotografias, acordou com a Société Générale certos procedimentos-quadro para o marketing desse equipamento em vários países, sob a forma de locação financeira e através das respectivas filiais; estas celebraram também, entre si, contratos de âmbito local. Iniciada a arbitragem pela Société Générale e duas suas filiais contra a Kis France e duas filiais desta, o tribunal arbitral entendeu ter competência para julgar todos os litígios que decorressem dos vários acordos celebrados, o mesmo tendo

² CARLA BORGES, *cit.*, p. 119.

³ Nem a lei-modelo nem as normas de arbitragem da UNCITRAL regulam a cumulação de acções.

entendido a Cour d'Appel de Paris, com o argumento de que os vários contratos estavam entre si “inexoravelmente ligados” e os dois grupos de sociedades estavam, cada um *de per se*, organizados em nítidos esquemas de domínio⁴.

Esta orientação não é única nem, provavelmente, ainda dominante. Uma visão mais tradicional parte da natureza contratual da arbitragem para concluir pela sua **relativização**: se as partes celebraram contratos separados e neles incluíram cláusulas compromissórias distintas, mesmo que algumas remetam para o conteúdo de outras, ou todas tenham o mesmo conteúdo expresso, foi porque só **entre si** se quiseram obrigar a recorrer à arbitragem, impedindo a aplicação das normas processuais aplicáveis à junção de processos na jurisdição estadual, que não está, como a arbitral, condicionada pela **vontade negocial** das partes.

Esta visão redutora, nascida da ideia de equiparação da eficácia relativa das “obrigações” resultantes da cláusula compromissória à eficácia relativa das obrigações resultantes do contrato base e da tendencial concepção de umas e outras como contraídas *intuitu personae*, tem um aspecto válido e um aspecto criticável. O primeiro reside em que não é possível abdicar da **interpretação da vontade das partes** ao celebrarem a convenção de arbitragem. O segundo reside no erro de **presumir** que é mais conforme a essa vontade o

⁴ BERNARD HANOTIAN, *cit.*, ps. 112-113.

tratamento jurisdicional separado dos litígios emergentes de relações e contratos conexos do que o seu tratamento unitário. A celebração, pelas mesmas ou outras pessoas, de contratos **distintos**, mas **interligados**, com cláusulas de arbitragem que não sejam **incompatíveis**, não tem, em si mesma, o significado de excluir o recurso à mesma jurisdição arbitral para solução dos litígios deles emergentes.

Bem pelo contrário, é de presumir que a vontade das partes, **real** ou **hipotética** – e esta é, como se sabe, requisito da integração do negócio jurídico (art. 239 CC) –, seja no sentido de fruírem as vantagens, inclusivamente de economia processual e financeira, que uma jurisdição única pode oferecer. A presunção é **ilidível**: se da interpretação do contrato resultar que as partes **quiseram** arbitragens separadas, ou que as **quereriam** se a questão tivesse sido prevista, há que respeitar essa vontade. Nomeadamente, a estipulação de regras de constituição de tribunais arbitrais incompatíveis⁵, de normas de decisão incompatíveis⁶ ou de regimes de tramitação processual incompatíveis⁷ inculcarão a vontade, real ou hipotética, de que a arbitragem não seja única.

Contrariando a relevância desta vontade, poderia invocar-se, em contraponto à fonte contratual da arbitragem, a fundamentação constitucional da jurisdição arbitral: a vontade das partes explica o

⁵ Centros de arbitragem distintos; procedimentos de designação dos árbitros inconciliáveis; centro de arbitragem num caso, arbitragem *ad hoc* noutro.

⁶ Julgamento de equidade num caso; julgamento segundo o direito constituído noutro.

⁷ Ver, mesmo assim, no direito português, os arts. 31-A-2 CPC e 265-A CPC.

recurso aos árbitros, mas não a eficácia de caso julgado da decisão que eles proferem. Constituído o tribunal arbitral em conformidade com a vontade das partes, a sua actuação – dir-se-á – releva já do domínio da jurisdição e esta é, em si, **indisponível**, devendo normas de direito público, como as relativas à apensação de processos e à entrada de terceiros em arbitragens alheias, ser aplicadas independentemente da expressão da vontade autónoma.

Não creio este argumento procedente: às partes cabe definir limites e conteúdos jurisdicionais, não só quando determinam a matéria que pretendem sujeitar à arbitragem, mas também quando escolhem – ou dispensam – o direito aplicável e quando fixam o procedimento de escolha dos árbitros e as regras do procedimento⁸; a prova da vontade, expressa ou implícita na convenção de arbitragem, de recusa de uma arbitragem única, ou a consagração nela de regras (válidas) incompatíveis com uma arbitragem única, não podem constituir limites, que normas ditas de interesse público não podem transpor sem com isso subverterem a própria base em que assenta a arbitragem.

Terceiros vinculados a uma jurisdição arbitral poderão, pois, com esses limites, intervir espontaneamente num processo arbitral alheio, ou ser convidados a nele intervir, quando se verificarem os elementos de **conexão** do litisconsórcio, da coligação ou da oposição,

⁸ Já a fixação destas regras pelos próprios árbitros não pode limitar a cumulabilidade de acções.

exigíveis segundo o sistema de direito processual, nacional ou outro, aplicável – ou, sendo caso disso, segundo o critério autónomo do próprio tribunal arbitral. Para tanto não será, a meu ver, necessário o acordo ou consentimento actual das partes já constituídas: bastará que, nos termos já referidos, elas não tenham manifestado o seu **desacordo** ao pactuarem o recurso à arbitragem.

Com isto, considero que a proposta da nova LAV é, no seu art. 36, demasiado timorata, ao exigir sempre, além do consentimento do próprio tribunal, a **vontade das partes e do terceiro** para que a intervenção seja admitida e ao não prever a situação em que o terceiro esteja vinculado a arbitragem por uma convenção conexa⁹. À mesma norma é também criticável que apenas preveja, no n° 1, o chamamento do terceiro para se associar à parte que o requer e que omita, no n° 2, a remissão subsidiária para a legislação processual nacional. A primeira opção sacrifica a necessidade da intervenção do

⁹ 1. A intervenção, no decurso do processo arbitral, de um terceiro que pretenda associar-se a uma das partes deste processo ou que seja chamado por uma das partes neste processo para a si se associar, só é admitida se estiverem preenchidos todos os seguintes requisitos:

- a) Todas as partes no processo, o terceiro e o tribunal arbitral, se já estiver constituído, consintam na referida intervenção;
- b) O terceiro adira à convenção de arbitragem, se não já for parte desta;
- c) O terceiro aceite a composição do tribunal arbitral, se este já estiver constituído, ou, se não for esse o caso, aceite a designação do árbitro feita pela parte à qual o terceiro se deva associar.

2. O disposto no número anterior não impede que as partes acordem de modo diferente sobre os termos e condições da intervenção de terceiros no processo arbitral, quer regulando directamente tal matéria na convenção de arbitragem quer remetendo para regulamentos de arbitragem ao abrigo dos quais a intervenção de terceiros seja admitida com dispensa de algumas das condições exigidas pelo número anterior.

terceiro **litisconsorte necessário**, quando este se deva associar à parte não requerente, seja este o autor ou o réu reconvinente. A segunda deixa desapojada, por **falta de fonte normativa**, a cominação da constituição de caso julgado contra o terceiro que, chamado, não intervenha.

3.2. Um ponto, porém, carece ainda de alguma reflexão: em que condições é que o terceiro que, convidado a intervir, não intervenha ficará sujeito à eficácia do caso julgado?

Creio, em primeiro lugar, que a **iniciativa** do seu chamamento terá de partir da parte que com ele haja celebrado a convenção de arbitragem, em termos semelhantes àqueles que são seguidos no início da arbitragem. Em segundo lugar, é preciso que ele não tenha menos direitos e poderes processuais do que aqueles que teria se participasse numa arbitragem independente: não se aplicando o direito processual português, haverá que aplicar normas semelhantes às que, no nosso CPC, tutelam o interesse do terceiro, admitindo sempre o articulado próprio ou, no caso da intervenção acessória, limitando em face dele a eficácia do caso julgado, sem prejuízo de a aplicação do sistema de direito processual estrangeiro aplicável poder levar a consequências menos gravosas do que estas. Este limite não poderá, inclusivamente, deixar de funcionar nas arbitragens internacionais realizadas em Portugal, às quais são, em minha

opinião, necessariamente aplicáveis as normas garantísticas do direito processual português.

3.3. Antes de passar a outro ponto, exemplifico com um caso de intervenção acessória provocada de terceiro vinculado por convenção de arbitragem conexa.

Adgas, proprietário duma planta produtor de gás natural no Golfo Pérsico, propôs uma acção arbitral em Inglaterra contra uma empresa construtora, alegando defeito de construção do tanque por ela construído para guardar o gás. A demandada negou a responsabilidade, mas acrescentou que, a haver defeito, ele era imputável ao subcontraente japonês. Iniciaram-se processos de arbitragem separados, dado que nem Adgas nem o terceiro quiseram a intervenção deste na primeira arbitragem.

Se a acção movida por Adgas corresse num tribunal do Estado inglês, o subcontraente teria sido chamado a nela intervir, apesar da vontade contrária dele próprio e da autora. Chamado a pronunciar-se, o English Court of Appeal, embora entendendo desejável o julgamento conjunto, que pouparia dinheiro e evitaria o risco de decisões desarmoniosas, julgou não poder ordenar a apensação, mas, cabendo-lhe designar os árbitros de um e outro processo, nomeou o

mesmo para ambos (tratava-se, em qualquer deles, de árbitro único em arbitragem *ad hoc*)¹⁰.

Se a questão se tivesse posto perante um tribunal norte-americano, a solução teria sido, com grande probabilidade, a inversa: teria havido uma só arbitragem, à qual o subcontraente teria sido chamado como “vouchee”¹¹. Estou, como se viu, de acordo com esta solução: a única vontade actual relevante era a do contraente principal, desde que a interpretação dos contratos não impusesse outra conclusão. Tal não exclui, nos casos de intervenção acessória, que o regulamento de arbitragem não possa, com vantagem, dar aos árbitros o poder de **recusar** a intervenção, com fundamento na sua inconveniência para o bom andamento do processo.

4. Terceiro não subscritor de convenção de arbitragem

4.1. Já não acompanharia o hipotético tribunal norte-americano na decisão que possivelmente continuaria a tomar (no sentido de chamar o terceiro, independentemente da sua vontade e da das partes), se o contrato com o terceiro subcontraente não contivesse estipulação de arbitragem. E com isto passo a tratar da terceira categoria de terceiro inicialmente enunciada: será admissível sujeitar

¹⁰ REDFERN / HUNTER / BLACKABY / PARTASIDES, **Law and practice of international commercial arbitration**, London, 2004, p. 171.

¹¹ CARLA BORGES, *cit.*, p. 121.

à arbitragem, nomeadamente através de incidente de intervenção de terceiro, pessoas jurídicas que não hajam subscrito convenção de arbitragem?

Na jurisprudência dos Estados Unidos e, em menor medida, na de França, é possível encontrar uma larga resposta positiva a esta questão. Em outros países os tribunais são – e bem – muito mais cautelosos.

Pese embora a existência de jurisprudência mais ousada, o princípio não pode sofrer dúvida: a convenção de arbitragem obriga apenas quem subscreve o documento (ou documentos) em que ela conste ou o documento que para ela remeta. É a exigência que se vê feita no art. 2 da LAV vigente e que o nº 4 do art. 2 do projecto da nova LAV impõe, até com mais rigor¹².

Situações há, porém, que obrigam a alguma reflexão.

4.2. Em primeiro lugar, temos o caso de **transmissão** das situações de direito substantivo para as quais se prevê a jurisdição arbitral.

¹² A remissão para o documento em que conste a convenção há-de ser “feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do contrato”, tido designadamente em conta o regime das cláusulas contratuais gerais. Dada a equiparação, em certas condições, do documento electrónico ao documento escrito, há que ter hoje também em conta o suporte electrónico da convenção, adequando-se neste aspecto o projecto de lei ao que estabelece desde 2006 a Lei Modelo da Uncitral.

A cessão da posição contratual, a cessão do direito de crédito, a assunção de dívida, a sub-rogação do garante ou outro interessado no direito de crédito (para não falar já da sucessão por morte, em que nenhuma dúvida legitimamente pode ser levantada) implicam a sujeição do adquirente à convenção de arbitragem respeitante à situação transmitida, salvo se a sua interpretação levar a um resultado inequivocamente contrário.

A solução é mais nítida na **cessão do contrato** em que a cláusula compromissória se inclui, mas não deixa de valer também nos casos de **cessão do direito de crédito** (que o devedor nem sequer tem de consentir), de **assunção de dívida** e de **sub-rogação** para o terceiro interessado que pagou em vez do devedor, tida designadamente em conta a paralela transmissão de garantias, acessórios e meios de defesa estatuída pelos arts. 582, 585, 593, 594, 598 e 599 do CC, de onde alguma **analogia** se pode extrair para a sujeição do adquirente à convenção de arbitragem.

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. Fica, portanto, designadamente,

sujeito ao mesmo regime de intervenção, espontânea ou provocada, a que estava sujeito o transmitente.

O mesmo se diga do terceiro que vem a adquirir os direitos e a assumir as obrigações provenientes do **contrato para pessoa a nomear**, uma vez que este seja por ele ratificado ou ele haja emitido procuração antes da sua celebração (art. 453-2 CC).

Em todos estes casos, pressupomos que a convenção de arbitragem reveste a modalidade de **cláusula inserida no contrato base** e é como tal **conhecida** ou **cognoscível** pelo terceiro adquirente. Já se a cláusula compromissória constar de **documento autónomo** ou se estivermos perante o **compromisso arbitral**, a oposição dela ao terceiro adquirente só poderá, em minha opinião, ter lugar se ele dela tiver tido **conhecimento** e o acto de aquisição, assunção ou ratificação tiver sido feito **sem reserva**; caso contrário, dependerá da **vontade do terceiro** a sua sujeição à jurisdição arbitral. Ressalvam-se sempre os direitos que, recusando o terceiro a ela sujeitar-se, a parte contrária (ou, quando esta não tenha consentido a transmissão, o adquirente) possa ter perante o transmitente¹³.

¹³ Caso em que a arbitragem se aplica sem restrições é o da acção sub-rogatória: o credor do credor que move a acção contra o devedor deste (art. 606 CC) está sujeito à convenção de arbitragem celebrada relativamente à (única) dívida que é objecto do processo, tal como estaria o seu devedor.

4.3. Em segundo lugar, há o caso do **contrato a favor de terceiro**.

Contra a sujeição do terceiro à convenção de arbitragem há quem diga que impor-lha seria contrário ao princípio da autonomia privada: o terceiro pode adquirir **direitos** por força do contrato em que não interveio, mas não lhe podem ser impostas “**obrigações**”¹⁴; pode, portanto, valer-se da convenção, mas não está a ela sujeito.

O argumento não colhe: aderindo à promessa (art. 447-3 CC), o terceiro fica sujeito a que contra ele sejam feitos valer todos os meios de defesa (de direito substantivo) oponíveis pelo promitente ao promissário por causa da promessa (art. 449 CC); a **analogia** impõe-se com a sujeição à exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral. Aliás, algum paralelismo existe com o caso da **doação modal** (doação onerada com encargos, cujo cumprimento pode ser exigido pelo doador ou seus herdeiros ao donatário: art. 965 CC).

Claro que o terceiro inicialmente demandado em tribunal arbitral ou a ele chamado para intervir pode declarar que quer rejeitar

¹⁴ O termo, usado pela Cour de Cassation francesa num caso citado por Poudret-Besson (CARLA BORGES, *cit.*, ps. 126-127), não é correcto. A situação retratada é de sujeição, não de dever ou obrigação. CARLA BORGES refere igualmente que tanto a lei inglesa como a jurisprudência norte-americana reconhecem o direito, mas também a sujeição, do terceiro à arbitragem.

a promessa, se antes a ela não tiver aderido, com o que se libertará, nomeadamente, dos encargos da arbitragem¹⁵.

No entanto, quando o contrato a favor de terceiro é **imposto por lei**, como acontece no campo do seguro automóvel, a origem **legal** do direito do terceiro não se harmoniza com a imposição **contratual** de limitações, ainda que de natureza processual, pelo que o terceiro que não rejeite a promessa já não pode ficar então automaticamente sujeito à convenção de arbitragem: para esta sujeição será imprescindível um acto de **adesão à convenção**. Esta adesão pode dar-se mediante intervenção, espontânea ou provocada, mas neste caso efectiva, do terceiro; sem ela estará vedada a extracção do efeito da extensão do **caso julgado** ao terceiro que, convidado a intervir, não intervenha.

4.4. Em terceiro lugar, tem sido defendido que o princípio da circunscrição da eficácia da convenção de arbitragem às pessoas jurídicas que a subscrevem há-de ser adaptado e encontrar alguma inflexão no caso de **grupos de sociedades**.

Entramos assim no ponto mais controvertido, onde mais legitimamente se pode duvidar da pretensão de sujeitar terceiros à

¹⁵ A celebração da convenção de arbitragem depois da adesão não lhe é oponível (SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, Beck, 1990, cap. 7, nº 27, a ps. 62).

eficácia da convenção de arbitragem, bem como da de lhes conceder o direito a dela se socorrerem, nomeadamente por intervenção na pendência da instância. Subscrita uma convenção de arbitragem por uma sociedade do grupo, pode considerar-se que as outras ou algumas outras sociedades do grupo ficam por ela abrangidas?

Exemplo de extensão *ultra partes* da eficácia da convenção que hoje se pode ter por clássico é o da acção Dow Chemical/ Saint Gobain¹⁶.

Em 1.10.65 Dow Chemical International SA, sediada na Venezuela e controlada pela Dow Chemical AG, filial suíça do grupo, celebrou com uma sociedade do grupo Saint-Gobain um contrato para distribuição em França de produtos de isolamento térmico. Seguiu-se, em 31.7.68, um segundo contrato entre Dow Chemical Europe SA, controlada pela mesma Dow Chemical AG, e a mesma e outras sociedades do grupo Saint-Gobain, ainda para distribuição dos mesmos produtos. Ambos os contratos continham uma cláusula que previa a possibilidade de as entregas serem feitas pela Dow Chemical International SA ou por qualquer outra sociedade do grupo. Continham igualmente uma cláusula compromissória com sujeição ao regulamento da CCI.

¹⁶ “O precedente orientador da doutrina do *grupo de sociedades* é o caso Dow Chemical” (REDFERN / HUNTER / BLACKABY / PARTASIDES, *cit.*, p. 149).

Acontece que a filial francesa da Dow Chemical participara activamente na negociação e no cumprimento dos contratos, embora não os tenha subscrito. O controlo do grupo Dow Chemical era feito por uma sociedade norte-americana, titular da marca registada dos produtos, a qual tão-pouco assinara os contratos.

Surgidos litígios relativos ao cumprimento dos contratos, as filiais signatárias, juntamente com a sociedade-mãe norte-americana e a filial francesa, demandaram a Saint-Gobain. Levantou-se a questão da falta de jurisdição arbitral em face das não signatárias do acordo, mas quer o tribunal arbitral, quer a Cour d'Appel de Paris em decisão de 21.10.83, julgaram que, tendo a filial francesa estado no centro da organização das relações contratuais e do cumprimento dos contratos e não podendo estes ter sido nem concluídos nem cumpridos sem o acordo da sociedade-mãe, ambas tinham de ser consideradas partes contraentes, à luz da vontade das partes e dos usos do comércio internacional, aplicáveis por via da sujeição ao regulamento arbitral da CCI.

Decisões ulteriores desenvolveram esta ideia de não bastar a pertença da sociedade a um grupo para a entender vinculada, quer ela seja a sociedade-mãe da sociedade signatária, quer seja, ao invés, sociedade dominada por aquela que assinou o contrato: é preciso que a não signatária tenha participado na negociação e no cumprimento do contrato, relevando, além disso a intenção das partes, *maxime* da

parte contrária, no acto de celebração. Os tribunais franceses têm-se mostrado particularmente permeáveis a estas ideias.

Outras decisões arbitrais, nomeadamente proferidas fora do território francês, chegam a resultados semelhantes, mas recorrendo antes ao conceito de **presunção** da aceitação tácita da cláusula compromissória ou ao conceito de **agência**; mas os tribunais estaduais, seguidamente chamados a pronunciar-se, nem sempre têm mostrado – a meu ver bem – essa largueza de vistas da jurisprudência francesa, semelhantemente perfilhada na jurisprudência dos tribunais norte-americanos.

Aos tribunais suíços foi, designadamente, presente para apreciação, no caso AOI, uma decisão arbitral que concluiu estarem abrangidos pela cláusula compromissória, constante de contrato celebrado pela sociedade Westland Helicopters Ltd. com AOI, os quatro Estados árabes que tinham estado na origem da criação desta última, pessoa colectiva dirigida por uma comissão composta por ministros desses Estados e cujo objecto era o desenvolvimento da indústria militar em benefício dos mesmos. A decisão foi anulada com fundamento na pura e simples não subscrição do contrato, e portanto da cláusula compromissória nele contida, pelos quatro Estados em causa¹⁷.

¹⁷ LAURA SALVANESCHI, *cit.*, ps. 156-159.

Pessoalmente, não tenho simpatia nenhuma pelas limitações de responsabilidade próprias do direito das sociedades comerciais. No entanto, a personalidade jurídica colectiva 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 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.

Não quer isto dizer que eu permaneça insensível a situações de abuso de direito e de actuações contrárias à boa fé. E com isto entro no último ponto da minha comunicação.

4.5. No domínio da doutrina e das práticas da arbitragem, um último tipo de situação (o quarto, na classificação que estou seguindo) usa ser invocado como fundamento da extensão da eficácia da convenção de arbitragem a pessoas que não a subscreveram. Para quem recuse as doutrinas ditas do grupo de sociedades, da agência ou da presunção da aceitação tácita da convenção, esse tipo de situação invade, embora extravasando-o, o campo dos grupos de sociedades. Refiro-me ao *stoppel* do direito norte-americano, que entre nós pode ser qualificado como **abuso de direito**, designadamente nas

modalidades da inegabilidade formal e do *venire contra factum proprium*, e pode levar ao levantamento da personalidade colectiva.

Para melhor nos fixarmos, recorro a um caso recentemente julgado nos tribunais franceses (última decisão tomada em 30.10.06 pela Cour de Cassation).

Besins International, fabricante e distribuidora de produtos farmacêuticos, concedeu o direito exclusivo à promoção, venda e distribuição de certo número de produtos em território turco. O contrato foi assinado, do lado turco, por M. Kocak, em representação de Kocak Ilac Fabrikasi AS. A acção arbitral foi dirigida também contra Kocak Ilac AS e o Sr. M. Kocak, pessoalmente: dado que este tinha intervindo, enquanto presidente de sociedade, quer na negociação, quer no cumprimento do contrato, e que voluntariamente tinha sido estabelecida uma ou outra confusão entre as duas sociedades acabando por assinar o contrato, em que se inseriu a cláusula compromissória, em nome apenas de uma delas.

A Cour d'Appel de Paris, rejeitando a doutrina seguida no caso Dow Chemical, entendeu que o tribunal arbitral era apenas competente para decidir contra a sociedade signatária da convenção. A Cassação manteve esse entendimento, baseada em que a sociedade Besins só tardiamente (em alegação para a Cassação) viera defender

que a confusão entre as duas sociedades se devera a actuação dolosa de M. Kocak¹⁸.

Estamos, por certo, de acordo em que não pode deixar de ser atendido o interesse da parte que negociou com o Sr. M. Kocak e acabou celebrando um contrato com aquela das duas sociedades, cujo nome se prestava a confusão, que ele indicou. Mas será que o deveria ser, mesmo que tivesse havido actuação dolosa, sujeitando o Sr. M. Kocak ou outra sociedade do seu grupo, à jurisdição arbitral? Se bem repararmos, aquilo que estamos de acordo em que não poderá, de modo algum, acontecer é que a contraparte, por ter contratado com uma sociedade que até pode ser insolvente, se veja espoliada dos seus direitos. Mas este é um **problema de direito substantivo**, cuja solução há-de ser fundamentalmente de direito substantivo.

A questão posta no acórdão que citei não difere muito daquela com que se viu confrontado um banco norte-americano, hoje falido, em caso para que dei parecer e que não teve a ver com arbitragens (foi acção que correu no tribunal judicial do Funchal). Um príncipe árabe foi financiado por esse banco, em avultadíssima quantia, para a compra de acções de importante empresa mediática alemã e indicou, para a celebração do contrato de financiamento, uma sociedade unipessoal sediada no *off-shore* da Madeira, que oferecia,

¹⁸ *Revue de l'arbitrage*, 2008, II. Na anotação do acórdão é citada uma decisão da Cassação de 11.6.91, como exemplo de resultado inverso, num caso em que tinha havido fraude do representante por interposição de pessoa.

contrariamente a outras do seu grupo, a particularidade de não ter mais património do que as acções que iria comprar e que a breve trecho se desvalorizaram, ficando o seu valor muito aquém do da dívida. Para que o banco financiador pudesse recuperar o dinheiro emprestado, seria preciso fazer funcionar o art. 270-F-4 CSC e, mediante a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade madeirense, atingir a esfera jurídica do príncipe.

Problema de direito substantivo, portanto, num caso como no outro. Note-se, nomeadamente, que a actuação do terceiro no plano do cumprimento do contrato se reporta ao contrato base e não propriamente à cláusula compromissória nele inserida.

Mas, ao optar pela jurisdição arbitral, a parte quer que sejam árbitros, e não um tribunal do Estado, a decidir sobre os seus direitos. Demonstrado o abuso de direito, poderá o levantamento da personalidade colectiva servir também para sujeitar à convenção de arbitragem o sócio que actuou com a máscara da sociedade, ao fazer inserir no contrato por esta assinado a cláusula compromissória? Não me repugna e a solução tem sido aceite no espaço jurídico alemão. Mas repare-se que, se se quiser (e, em minha opinião, deve-se querer) continuar a pisar terreno juridicamente firme, o levantamento da personalidade colectiva poderá conduzir à vinculação do **sócio** – ou da **sociedade-mãe** – que atrás da sociedade signatária da convenção

se ocultou, mas muito dificilmente chegará à vinculação de **outras** sociedades do grupo que não sejam sócias da signatária.

5. Conclusão

Muito mais haveria a dizer sobre esta interessantíssima matéria, mas o tempo não mo permite. Vai, porém, uma última nota.

O tema levou-me a generalizações que vão além da pura intervenção de terceiros, mas não é difícil transpor para o campo desta intervenção (na pendência da instância arbitral) as considerações e os casos citados que directamente respeitaram ao momento da constituição da instância processual. O terceiro não signatário que se entenda vinculado pela convenção de arbitragem poderá intervir espontaneamente ou ser convidado a intervir, estando sujeito às consequências gerais da sua intervenção ou não intervenção e sendo irrelevante a vontade expressa pelas partes primitivas perante a intervenção pretendida.

Por outro lado, é óbvio que, se todos estiverem de **acordo** (e os árbitros não virem nisso inconveniente), a intervenção do terceiro não sujeito à eficácia da convenção pode dar-se em termos que valham como um **aditamento à convenção inicial**¹⁹.

¹⁹ É a única hipótese, como vimos, prevista na proposta da nova LAV.

Finalmente, diga-se que nenhuma das opiniões expendidas é afectada pelo facto de estarmos perante um **liticonsórcio necessário**²⁰: a não sujeição do terceiro liticonsorte à jurisdição arbitral levará, pura e simplesmente, à **ineficácia da convenção de arbitragem** e à sujeição de todas as partes na relação jurídica à jurisdição estadual.

Obrigado pela vossa atenção.

²⁰ Trata-se, como vimos, de situação que a proposta da nova LAV pura e simplesmente esqueceu.