

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Mestrado em Direito Forense

2021/2022



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

DA PROBLEMÁTICA
DAS ARBITRAGENS COMPLEXAS

Tiago Lopes Veiga

Sob orientação do Professor Doutor Rui Pinto Duarte

Lisboa

2023

“A experiência sem teoria é cega mas a teoria sem experiência é um mero jogo intelectual.”

Immanuel Kant

Agradecimentos

À minha Mãe, a melhor. Por todo o amor e apoio incondicional.

Aos meus Tios e aos meus Padrinhos. À minha Família por serem os pilares fundamentais na minha formação pessoal e por estarem sempre presentes. Por me terem transmitido aqueles que são os melhores valores e ensinamentos e a quem tanto devo do que sou hoje.

À Isabela. A todos os meus Amigos que me acompanham, por serem o meu amparo emocional, e por quererem sempre o meu bem.

Ao meu Orientador, o Professor Doutor Rui Pinto Duarte, por ter despertado o meu interesse sobre o tema das *arbitragens complexas* na cadeira de Práticas Arbitrais, pelas críticas construtivas, pelo conhecimento transmitido, pela paciência e por toda disponibilidade e ajuda dispensada.

Ao Professor Doutor Alexandre Mota Pinto, com quem debati e pensei em conjunto sobre o tema da extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral.

Resumo

Os litígios (judiciais, públicos) são cada menos frequentes¹ – porém, a utilização da arbitragem como resolução alternativa de conflitos, seja em matérias comerciais, administrativas ou fiscais, é cada vez mais comum². Por esse motivo, considero que a temática e o estudo das arbitragens complexas é um tema significativo essencialmente por dois motivos: por um lado, por ser um tema de grande relevância prática e, por outro lado, porque as arbitragens configuram cada vez menos vezes o caso típico de A vs. B.

As motivações para a elaboração da presente dissertação surgem da necessidade (pessoal) do estudo e aprofundamento dos vários temas relacionados com as arbitragens complexas como a pluralidade de partes nas arbitragens, a intervenção de terceiros, e, em especial, a extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral.

Os referidos problemas devem ser estudados com base na regra basilar de que, apesar de as arbitragens *complexas* serem cada vez mais frequentes, o fundamento-regra de toda e qualquer arbitragem é sempre o de A vs. B. É, assim, importante analisar os principais problemas jurídicos substantivos e processuais que se colocam às partes e aos árbitros neste tipo de arbitragens.

¹ Ao longo dos últimos seis anos e em comparação, no 2.º trimestre de 2022 havia 123.793 ações cíveis pendentes nos tribunais portugueses enquanto que no 2.º trimestre de 2017, havia 180.199 ações cíveis pendentes. Informação disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDY2MwEAbQ94NgUAAA%3d>.

² Em Portugal, deram entrada em Centros de Arbitragem, em 2022, cerca de 12.464 processos arbitrais. Por comparação, em 2012, deram entrada cerca de 9.473 processos arbitrais. Informação disponível em <https://www.pordata.pt/db/portugal/ambiente+de+consulta/tabela>.

Abstract

Litigation (judicial, public) is less frequent³ – however, the use of arbitration as an alternative dispute resolution, whether in commercial, administrative or tax matters, is increasingly common⁴. For this reason, I consider the subject and the study of complex arbitrations is a significant matter essentially for two reasons: on the one hand, because it is a topic of great practical relevance and, on the other hand, because arbitrations are less often the typical case of A vs. B.

The motivations for this dissertation arise from the (personal) need to study and deepen the various issues related to complex arbitrations, such as the plurality of parties in arbitrations, the intervention of third parties and, in particular, the extension of arbitral interim measures to non-signatories of the arbitration agreement.

These issues should be based on the basic rule that, although complex arbitrations are increasingly *complex*, the foundation of any arbitration is A vs. B. It is therefore important to analyse the main substantive and procedural legal problems facing the parties and arbitrators in this type of arbitration.

³ Over the last six years and in comparison, in the 2nd quarter of 2022 there were 123,793 civil actions pending in Portuguese courts while in the 2nd quarter of 2017, there were 180,199 civil actions pending. Information available at <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDY2MwEAbQ94NgUAAA%3d>.

⁴ In Portugal, 12,464 arbitration proceedings were filed in Arbitration Centers in 2022. By comparison, in 2012, around 9,473 arbitration proceedings were filed. Information available at <https://www.pordata.pt/db/portugal/ambiente+de+consulta/tabela>.

Índice

1. Introdução	8
2. As arbitragens <i>complexas</i>	12
2.1 A PLURALIDADE DE PARTES NA ARBITRAGEM (<i>MULTI-PARTY ARBITRATIONS</i>)	14
2.2 A PLURALIDADE DE CONTRATOS NA ARBITRAGEM (<i>MULTI-CONTRACT ARBITRATIONS</i>)	16
3. A intervenção de terceiros nas arbitragens (<i>joinder and intervention of third parties in arbitral proceedings</i>)	20
3.1 A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A NÃO SIGNATÁRIOS OU A TERCEIROS	22
3.2 A EXTENSÃO ÀS SOCIEDADES EM GRUPO	26
3.3 A EXTENSÃO AO ESTADO (E A OUTRAS ENTIDADES PÚBLICAS)	29
3.4 A EXTENSÃO AO BENEFICIÁRIO DO <i>TRUST</i>	31
4. A extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral	34
4.1 AS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM	34
4.2 POSIÇÃO ADOTADA	38
5. Outras temáticas das arbitragens complexas	40
5.1 A APENSAÇÃO DE PROCESSOS ARBITRAIS (<i>CONSOLIDATION OF ARBITRAL PROCEEDINGS</i>)	40
5.2 AS AÇÕES ARBITRAIS COLETIVAS (<i>CLASS ACTION ARBITRATION</i>)	42
6. Conclusão	45
7. Bibliografia	48

Abreviaturas e Siglas

- AAA – American Arbitration Association;
- CAC – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa;
- CSC – Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, na redação da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro);
- CPC – Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, na redação da Lei n.º 3/2023, de 16 de janeiro);
- CRP – Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de abril de 1976, na redação da Lei n.º 1/2025, de 12 de agosto);
- Ed. – Edição;
- LAV – Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro);
- LCIA – London Court of International Arbitration;
- CCI – Câmara de Comércio Internacional;
- *op. cit.* – Obra citada;
- pp. – Páginas;
- ss. – Seguintes;
- TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão;
- UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law;
- Vol. – Volume.

1. Introdução

Em 2021, período em que frequentei a cadeira de Práticas Arbitrais do Mestrado Forense da Universidade Católica⁵, entrou em vigor o (então novo) Regulamento de Arbitragem da CCI que contém um conjunto de novas regras que procuram aumentar a flexibilidade e a eficiência das arbitragens administradas pela CCI. Da análise do referido Regulamento de Arbitragem, destacam-se várias novidades, algumas relativas às arbitragens *complexas*⁶. Por um lado, tornou-se possível a integração de partes adicionais após a confirmação ou nomeação de algum dos árbitros⁷. Por outro lado, a apensação de processos passou a ser permitida, ainda que as partes não sejam as mesmas, desde que a convenção de arbitragem seja vinculativa para todas as partes bem como nos casos em que os acordos de arbitragem não sejam os mesmos, mas compatíveis⁸.

Apesar das novas alterações do Regulamento de Arbitragem da CCI, a verdade é que no espírito dos (vários) legislador(es), a configuração de grande parte das leis de arbitragem assenta no pressuposto de que os tribunais arbitrais tenham apenas uma parte ativa (demandante) e uma parte passiva (demandado) traduzindo-se numa arbitragem que “(...) *coloca frente a frente duas partes singulares ou plurais, neste último caso assumindo cada uma das partes constituintes de uma parte plural a mesma posição jurídica*”⁹. Porém, a prática recente – “(...) *com casos emblemáticos na primeira década do novo século*”¹⁰ -, demonstra que o número de arbitragens “(...) *com pluralidade de partes é cada vez maior*”¹¹, por exemplo com processos arbitrais que opõem vários demandantes a vários demandados.

⁵ Cadeira lecionada pelo Professor Doutor RUI PINTO DUARTE. Além de Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, é autor de diversos livros e artigos sobre vários temas jurídicos. Advogado com longa experiência em várias áreas do Direito, em especial, no Direito das Sociedades Comerciais, e também um dos mais prestigiados árbitros portugueses, tendo intervindo em várias dezenas de processos arbitrais, frequentemente na posição de árbitro-presidente.

⁶ Que se verificam quando “(...) *às partes iniciais do processo arbitral é adicionada, supervenientemente, uma ou mais de uma terceira parte, singular ou plural (...)*”. – Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Almedina, 2013, p. 181.

⁷ Cfr. artigo 7.º, n.º 5, do Regulamento de Arbitragem CCI. Esta regra permite que em casos em que haja um conflito entre duas partes, seja possível adicionar à demanda outras partes também envolvidas, mesmo que não integrem diretamente o contrato em discussão.

⁸ Cfr. artigo 10.º, alíneas *b*) e *c*) do Regulamento de Arbitragem CCI.

⁹ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Almedina, 2013, p. 181.

¹⁰ Cfr. MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *Introdução às Práticas Arbitrais*, (disponibilizado pelo Autor), 2017, p. 187.

¹¹ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 302.

Deste modo, o objetivo da presente dissertação, e nas palavras de BERNARD HANOTIAU¹², prende-se com a análise de alguns dos “(...) *problemas jurídicos substantivos e processuais que se deparam às partes e aos árbitros nas arbitragens multicontratos, multipartes, multi-objeto*”¹³. Para tal, a elaboração da presente dissertação terá como foco principal a análise e estudo: (i) da pluralidade de partes (*multi-party arbitrations*), (ii) dos múltiplos contratos (*multi-contract arbitrations*), (iii) da intervenção de terceiros na arbitragem (*joinder and intervention of third parties in arbitral proceedings*), (iv) da extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral, (v) da apensação de processos arbitrais (*consolidation of arbitral proceedings*) e (vi) das ações arbitrais coletivas (*class action arbitration*).

Em particular, os dois temas que pretendo abordar mais detalhadamente são a intervenção de terceiros e a extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral. Em relação ao primeiro, o problema está relacionado com “(...) *perceber se uma entidade que não figura como parte de uma convenção arbitral deve, por circunstâncias relacionadas, por exemplo, com a negociação e execução do contrato onde se insere a cláusula arbitral, considerar-se vinculada à arbitragem*”¹⁴. Em especial, no tema das sociedades em grupo porque “(...) *não é por ter autonomia jurídica dentro de um grupo que uma sociedade não pode estar vinculada a um acordo que não assinou*”¹⁵ mas também não significa que por uma sociedade pertencer a um grupo de sociedades se deve permitir, automaticamente, a extensão de uma convenção arbitral às restantes entidades societárias. Em relação ao segundo, o problema está relacionado com o facto de uma medida cautelar, como o arresto que é decretado sem direito ao contraditório do demandado¹⁶, ser decretado contra uma entidade que

¹² Envolvido em mais de 500 arbitragens internacionais como árbitro nomeado pelas partes, presidente, árbitro único, advogado e perito. Em 2005, escreveu um estudo sobre as arbitragens complexas, muito relevante para a presente dissertação. Vide HANOTIAU, BERNARD – *Complex Arbitrations Multiparty, Multi Contract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005.

¹³ Tradução livre de HANOTIAU, BERNARD – *Complex Arbitrations Multiparty, Multi Contract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005, p. 193.

¹⁴ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina, 2014, pp. 152 e ss..

¹⁵ Cfr. LOURO, JOÃO ALVES – *A Extensão dos efeitos de uma convenção arbitral a sociedades comerciais não signatárias*, Tese de Mestrado, UCP, 2018, p. 11.

¹⁶ Cfr. artigo 393.º, n.º 1, do CPC.

não está vinculada a uma convenção arbitral¹⁷ ¹⁸. Em especial, o problema da extensão e da aplicabilidade da medida cautelar ao Estado e ao beneficiária da figura anglo-saxónica do *trust*¹⁹.

Considero que o tema das arbitragens complexas tem especial importância porquanto, apesar dos problemas que a pluralidade de partes levanta na arbitragem e os mesmos terem vindo a ser discutidos na comunidade arbitral há já largos anos, “(...) a verdade é que esta temática continua a suscitar novos e complexos desafios (...)”²⁰ – que procuro abordar com a presente dissertação. Além do mais, é um tema significativo pois há ausências de respostas legais – ao contrário do que acontece com os processos judiciais, em que há amplas possibilidades de fazer intervir *novas* partes em processos pendentes²¹.

Pretendo refletir as questões *supra* à luz do direito português – com a análise a LAV, por exemplo, com o artigo 36.^º²² que regula “(...) a intervenção de terceiros em processo arbitral pendente, estabelecendo o n.º 7 deste artigo o carácter supletivo da regulamentação, com certas limitações”²³. Contudo, e como já referido, é importante olhar para regras arbitrais

¹⁷ Surge a discussão de saber se um tribunal arbitral pode decretar uma medida cautelar com as características do arresto. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e CALVÃO DA SILVA entendem que sim (cfr. OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES – *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, p. 283 e SILVA, JOÃO CALVÃO DA – “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares” in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008, p. 106). MARIANA FRANÇA GOUVEIA e ARMINDO RIBEIRO MENDES entendem que não (cfr. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 225 e MENDES, ARMINDO RIBEIRO – “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (algumas notas)” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 2, 2009, p. 91). ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO considera que um tribunal arbitral apenas poderá decretar a apreensão de bens com a colaboração de um tribunal estadual (cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Tratado da Arbitragem Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 233).

¹⁸ Apesar de não ser o tema da presente dissertação e de não caber, por isso, uma tomada de posição, a doutrina maioritária nega a possibilidade de um tribunal arbitral decretar um arresto. Contudo, exemplos de jurisprudência existem em que são reconhecidos arrestos decretados por tribunal arbitral, como o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/11/2006. De resto, e nos termos da LAV (cfr. artigo 20.º, n.º 2, alínea *c*)), é possível o decretamento por um tribunal arbitral de medidas com o intuito de apreender bens que sirvam de garantia à futura e eventual execução da sentença.

¹⁹ A figura que deu origem ao *trust*, como se verá mais adiante, teve o seu início e desenvolvimento na Idade Média, por países anglo-saxónicos, para transferências de propriedade. No fundo, a ideia subjacente é a de conferir bens em carácter fiduciário. Hoje, o *trust* é objeto de regulação internacional, tendo sua validade e principais características reconhecidas e disciplinadas pela *Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, aprovada em 1985.

²⁰ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 303.

²¹ Por exemplo, o incidente de intervenção de terceiros (cfr. artigo 311.º e *ss.* do CPC) e o litisconsórcio (cfr. artigo 32.º e *ss.* do CPC).

²² O artigo 36.º, n.º 3 da LAV é inspirado nos incidentes de intervenção de terceiros previstos nos artigos 311.º, 333.º, 316.º, n.º 3, alínea *b*) e 312.º, n.º 1 do CPC.

²³ Cfr. MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *op. cit.*, p. 192.

que se encontram já pré-estabelecidas como, por exemplo, as que se encontram em regulamentos de centros arbitrais – entre outras, as do Regulamento CCI de 2021 que “(...) *tem uma divisão dedicada à intervenção de terceiros, aos pedidos contra partes múltiplas, ao contratos múltiplos e à apensação de ações (...)*”²⁴. Também, neste âmbito, serão ponderados outros instrumentos que regulam as matérias de intervenção de terceiros e de apensação de processos. Por fim, serão ainda analisados alguns conhecidos casos jurisprudenciais.

²⁴ Cfr. MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *op. cit.*, p. 187.

2. As arbitragens complexas

O enquadramento das questões relevantes no âmbito das arbitragens complexas pressupõe, em primeiro lugar, a própria definição de *arbitragens complexas*. É a partir da compreensão e do entendimento das arbitragens complexas que as questões que pretendo analisar ganham bases e alicerces para serem compreendidas.

As arbitragens complexas apenas começaram a ser estudadas no final do século passado²⁵. E isto porque, apesar de a Lei Modelo da UNCITRAL ser um “(...) *legislative text that is recommended to States for enactment as part of their national law (...)*” constituindo-se como “(...) *an appropriate vehicle for modernization and harmonization of national laws (...)*”²⁶, não acautelou a evolução das arbitragens comerciais para uma realidade dominada pelas complexas formas de atuação das sociedades comerciais onde nem sempre existe uma coincidência entre as entidades que assinam as convenções arbitrais e as entidades que negociam os contratos. De resto, apesar de existir a tendência para presumir que a arbitragem envolve apenas duas partes, a verdade é que muitos são os casos²⁷ em que surge um litígio “(...) *que envolve mais do que duas partes, uma série de contratos ou múltiplos objetos (...)*. O mesmo problema aparece quando um demandante ou demandado quer juntar ao processo outra parte da transação económica.”^{28 29}. E estes são verdadeiros casos de arbitragens complexas.

As arbitragens complexas constituem uma das mais difíceis matérias relacionadas com o mundo da arbitragem. E assim o é porque, como refere MANUEL PEREIRA BARROCAS, estas arbitragens defrontam-se com dois dos mais importantes princípios e regimes da arbitragem: “(...) *o princípio da consensualidade que requer que todas as partes de um processo arbitral tenham dado o seu acordo a submeter o litígio em que são partes a essa forma de resolução do*

²⁵ Contudo, a alteração de 2006 da Lei Modelo da UNCITRAL não incluiu qualquer preceito sobre a intervenção de terceiros no processo arbitral, tema central das arbitragens complexas. De resto, a referida alteração da Lei Modelo visou, essencialmente, a introdução de um regime sobre procedimentos cautelares.

²⁶ UNCITRAL – *The UNCITRAL Guide – Basics facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Nações Unidas, 2007.

²⁷ Neste sentido, vide MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 302.

²⁸ Tradução livre de HANOTIAU, BERNARD – *op. cit.*, p. 193.

²⁹ Como veremos adiante, por exemplo, o caso do demandante pretender fazer intervir na arbitragem, como demandado adicional, uma sociedade subsidiária do grupo do demandado que não se vinculou formalmente ao contrato que contém a convenção de arbitragem, mas que desempenhou um papel determinante na execução do referido contrato.

litígio e (...) a exigência de forma escrita desse consentimento”³⁰. E razão é simples: a arbitragem, como mecanismo de resolução alternativa de litígios, é voluntária e contratual³¹. Ora, tratando de um mecanismo voluntário e contratual, surgem dificuldades quando se pretende ampliar a competência de um tribunal arbitral a outra entidade³², tribunal esse constituído ao abrigo dos princípios da livre negociação e estipulação – o mesmo problema já não se coloca se estiver em causa um tribunal estadual porquanto o mesmo é um órgão de soberania com o poder³³ para impor a comparência de terceiros³⁴ em juízo.

Do que se acaba de referir, fica claro que com a evolução da arbitragem (em especial, internacional e comercial) esta já não se desenvolve, em muitos casos, apenas entre dois sujeitos. E o principal motivo está relacionado com o facto de as transações comerciais terem ficado cada vez mais dinâmicas (quer em Portugal, quer na prática internacional), envolvendo mais de duas partes ou envolvendo mais do que um contrato. Neste sentido, arbitragens complexas é uma expressão utilizada para geralmente “(...) referir as situações em que mais de duas partes estão envolvidas no mesmo processo arbitral (seja essa pluralidade inicial ou sucessiva, activa, passiva ou mista) e os muitos problemas associados a tal pluralidade”³⁵. Ademais, os casos tratados sob a designação de arbitragens complexas dizem respeito a “(...) pluralidades objectivas e subjectivas: problemas de litisconsórcio e coligação, iniciais e sucessivos, assim como de cumulação de objectos processuais, pedidos e/ou causas de pedir, formuladas por uma mesma parte ou por partes contrárias (reconvenção e contra pedidos entre partes)”³⁶. Em Portugal, cabe hoje referir que, relativamente às arbitragens complexas, a atual redação da LAV³⁷ regula, e bem, questões relacionadas com a pluralidade de partes: com a pluralidade de partes inicial³⁸ e a pluralidade de partes sucessiva³⁹.

De resto, as arbitragens complexas são uma matéria pouco clara no domínio arbitral (em especial, internacional), em especial, porque grande parte das leis de arbitragem voluntária e dos regulamentos mais antigos pressupõem que os tribunais arbitrais têm apenas uma parte ativa e uma parte passiva. Nesta dissertação farei referência às duas realidades abarcadas pelas

³⁰ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 180.

³¹ Cfr. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 259.

³² Entidade essa que é um *terceiro* porquanto não se vinculou à convenção arbitral.

³³ Com *ius imperii*.

³⁴ Por exemplo, com a intervenção de terceiro provocada (cfr. artigos 311.º e seguintes do CPC).

³⁵ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 302.

³⁶ Cfr. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 262.

³⁷ Ao contrário do que sucedia na anterior versão da LAV – cfr. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto.

³⁸ Cfr. artigo 11.º da LAV.

³⁹ Cfr. artigo 36.º da LAV.

arbitragens complexas: as arbitragens multipartes e as arbitragens multicontratos, com diferenças evidentes entre elas. Porém, a verdade é que (i) surgem frequentemente na mesma disputa arbitral temas relacionados com multipartes e com multicontratos⁴⁰ e (ii) que as partes devem, regra geral, dar o seu consentimento no que diz respeito a disputas arbitrais multipartes e/ou multicontratos⁴¹.

2.1 A pluralidade de partes na arbitragem (*multi-party arbitrations*)

Fruto da globalização e do rápido crescimento do comércio internacional nos últimos anos, cada vez mais a prática arbitral comercial (nacional e internacional) envolvem uma maior quantidade de partes. A maior parte das vezes porque são sociedades pertencentes a um grupo empresarial⁴²; outras vezes porque são criadas entidades para um fim próprio de partilha de risco (o caso do *trust* ou das *special purpose vehicle*⁴³), etc. Quando litigam em processos arbitrais, estas situações dão origem às chamadas arbitragens multipartes. Porém, e antes de

⁴⁰ Cfr. *Kis France vs. Société Générale* – “*The Local Agreement, concluded by the subsidiaries of Société Générale and Kis France, refers to this arbitration clause. We infer from this reference that the arbitrators may decide the disputes concerning the execution of both the Basic and the Local Agreement, but only upon request of the two parent companies. The position of the subsidiaries in this sense is totally subordinate.*”.

⁴¹ “As a general rule, an arbitration agreement only binds those parties that originally agreed to it. Whether or not a person is a party to the arbitration agreement is primarily a question of the interpretation of the arbitration clause under the applicable rules. The issue of the extension of the arbitration agreement to a third party only comes up if the third party cannot already be considered a party to the arbitration agreement based on the interpretation of the arbitration clause. In such a situation it is necessary to determine if the personal scope of the arbitration agreement may be extended to the third party, pursuant to one of the theories developed by arbitral tribunals and courts” in VOSER, NATHALIE – “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties” in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series*, Vol. 14, ICCA & Kluwer Law International 2009, pp. 343 a 410.

⁴² Neste sentido, a “(...) tradicional e monolítica empresa societária dos primórdios do capitalismo industrial começou progressivamente a dar lugar a uma nova e revolucionária forma organizativa, a empresa de grupo: por outras palavras, a tradicional sociedade comercial individual vai dando progressivamente lugar a grupos de sociedades.” in ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.^a ed., Almedina, 2002, p. 13.

⁴³ As *special purpose vehicle* (SPVs) são sociedades constituídas para a realização de finalidades específicas, nomeadamente, (i) para que determinados ativos ou passivos (por exemplo, participações sociais) possam ser transmitidos para a sua esfera jurídica e nela permaneçam, (ii) para operações de planeamento fiscal, (iii) a execução de funções financeiras, por exemplo, para emitir obrigações com vista a financiar a atividade de outras sociedades do grupo, (iv) para isolar o risco de insolvência em relação a determinados ativos. A este respeito, vide, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Direito das Sociedades I, Parte Geral*, 5.^a ed., Almedina, 2022, p. 221 e OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE – *Manual de Corporate Finance*, 2.^a ed., Almedina, 2016, pp. 23 e 278.

considerações mais detalhadas, é importante distinguir quando existe uma dualidade ou uma pluralidade de partes⁴⁴.

As partes são os sujeitos do processo e configuram a forma triangular da relação jurídica processual. Isto é: as partes são os sujeitos, ou a pluralidade de sujeitos, que deduzem a pretensão processual (parte ativa) e o sujeito, ou a pluralidade de sujeitos, contra quem essa pretensão é deduzida (parte passiva). Determinadas as partes que compõem a relação jurídica processual, considera-se terceiro todo aquele que não é parte. Para que fique claro, o *terceiro* contrapõe-se à *parte*.

A regra geral no Processo Civil é o da dualidade de partes⁴⁵. Porém, há casos em se verifica pluralidade de partes – por exemplo, os casos em que se confrontam vários autores e/ou vários réus⁴⁶. O que verdadeiramente importa aferir numa arbitragem para que se considere existir uma pluralidade de partes é saber se a pluralidade de sujeitos que existe configura ou não numa pluralidade de interesses. Essa é a questão fundamental para saber se estamos perante uma arbitragem multipartes.

As arbitragens multipartes ocorrem “(...) *quando às partes iniciais do processo arbitral é adicionada, supervenientemente, uma ou mais de uma terceira parte, singular ou plural*”⁴⁷. Por outro lado, as arbitragens bipartes são aquelas que colocam frente a frente duas partes singulares ou plurais. Com a definição de arbitragens multipartes, surgem questões como, por exemplo, se poderá um empreiteiro demandado pelo dono da obra chamar à demanda o seu subempreiteiro⁴⁸, ou se poderá o demandando chamar o seu litisconsorte. A resposta às várias perguntas que possam surgir tem epicentro na vontade das partes: isto é, apenas se pode aceitar como fundamento de arbitragens multipartes a vontade, ainda que implícita, clara de todas as partes envolvidas⁴⁹, à semelhança do que acontece no direito francês.

O tema das arbitragens multipartes (como de resto, no geral, com as arbitragens complexas), está relacionado com a natureza da arbitragem. Isto é, a intervenção de um terceiro

⁴⁴ Com base nas definições do Direito Processual Civil.

⁴⁵ Por exemplo: autor-réu; recorrente-recorrido; exequente-executado; demandante-demandado.

⁴⁶ Terá sempre que ser analisado caso a caso porquanto pode suceder que não exista uma pluralidade de partes, mas sim uma pluralidade de sujeitos, mantendo-se a dualidade de sujeitos. Por exemplo, no caso do litisconsórcio necessário (cfr. artigo 31.º, n.º 5 do CPC), apesar de existir uma pluralidade de sujeitos, apenas há uma dualidade de partes.

⁴⁷ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 181.

⁴⁸ A este respeito, *vide* o famoso Caso *Adgas* apreciado *Court of Appeal* do Reino Unido.

⁴⁹ POUURET, JEAN-FRANÇOIS e BESSON, SÉBASTIAN – *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, 2007, p. 199. Também neste sentido, *vide* MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *op. cit.*, pp. 183 a 195.

no processo arbitral conflitua com a natureza contratual da arbitragem cujo princípio basilar é o de que apenas pode ser parte de uma arbitragem os sujeitos que subscreveram a respetiva convenção. Naturalmente que a pluralidade de partes costuma, em muitos casos, ser alvo de grande discussão. Um dos argumentos utilizado diz respeito à Convenção de Nova Iorque de 1958⁵⁰, que tem requisitos exigentes para o reconhecimento de sentenças e que pode impedir o reconhecimento de decisões arbitrais que condenem, por exemplo, sucursais^{51 52} ou sociedades subsidiárias que não são partes de uma convenção de arbitragem⁵³. Porém, na prática internacional, as arbitragens multipartes são frequentes.

Concluindo, da prática arbitral (em especial, a internacional) comercial, as arbitragens multipartes caracterizam-se por: (i) estar em causa um único contrato mas assinado por múltiplas partes, (ii) o contrato refere quem são as partes exatas da convenção arbitral, (iii) cada parte é uma entidade jurídica diferente, (iv) existem várias ações levadas a cabo pela entidade não signatária do contrato (por exemplo, a negociação) e (v) a realidade única económica não é fundamental para determinar a extensão⁵⁴ da convenção arbitral.

2.2 A pluralidade de contratos na arbitragem (*multi-contract arbitrations*)

⁵⁰ Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, com data de vigência a 07/06/1959 na ordem internacional e com data de vigência em Portugal a 06/01/1995.

⁵¹ Sobre as sucursais, estas são uma das formas de representação das sociedades comerciais previstas no CSC (cfr. artigo 13.º) – traduzem-se num *centro autónomo de negócios*, desprovidas de personalidade jurídica. Todavia, e segundo o artigo 7.º, n.º 1 do CSC, as sucursais têm personalidade judiciária: podem demandar ou ser demandadas quando a ação provenha de facto por elas praticadas. Neste sentido, *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.) – *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3ª Ed, Almedina, 2020, pp. 148 a 150.

⁵² Distinguem-se das filiais pois que estas, por terem personalidade jurídica, constituem um “(...) *sujeito jurídico distinto e separado, dotado de um património autónomo e de órgãos próprios, podendo possuir objecto social, uma forma jurídica e uma nacionalidade distinta da casa-mãe, representa um mera divisão ou departamento de uma única sociedade, sem qualquer individualidade jurídica*” (cfr. ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *op. cit.*, p. 26).

⁵³ O Tribunal da Relação de Lisboa tem entendido, e já decidiu, que a convenção de arbitragem não pode vincular outras sociedades do mesmo grupo de uma sociedade que é parte de uma convenção arbitral por não a terem subscrito. Por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011.

⁵⁴ Cfr. *Société V 2000 vs. Société Project XJ 220 Ltd.* – “*Or considérant que dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige.*”.

Cabe, agora, dedicar algumas palavras às chamadas arbitragens multicontratos⁵⁵ ⁵⁶. E isto porque além de ser uma das modalidades das arbitragens (complexas), as arbitragens multicontratos⁵⁷ não devem ser confundidas com a intervenção de terceiros⁵⁸. Neste caso, o que está em causa é “(...) *alargar* [uma demanda arbitral] (...) *a outros contratos (contratos conexos) que não apenas aqueles previstos na convenção de arbitragem do contrato principal*”⁵⁹. Para que fique claro, uma cadeia de contratos pode constituir uma das formas de extensão de uma convenção de arbitragem original a uma cadeia de contratos conexos.

Nestes casos, pode existir uma multiplicidade de contratos celebrados que têm umnexo causal com o contrato principal, formando uma cadeia horizontal⁶⁰ ou vertical⁶¹ entre si, e que origina a intervenção de um terceiro num processo arbitral entre as partes originais. Por outras palavras, há casos em que os contratos têm entre si uma relação económica e funcional de dependência, mas também há casos em que os contratos celebrados entre as partes estão unidos entre si por um elo de sucessão ou de substituição⁶². Mas estes não são os únicos casos possíveis. Em primeiro lugar, pode haver também casos em que as mesmas partes de uma convenção arbitral são também partes de outros contratos onde está inserida uma cláusula de arbitragem⁶³. Em segundo lugar, pode haver casos em que uma parte não está abrangida por uma determinada convenção arbitral (como as restantes partes) mas está abrangida por uma

⁵⁵ Na doutrina, *vide* HANOTIAU, BERNARD – *op. cit.*, pp. 101 a 161, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 171 a 179 e BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 212 a 215.

⁵⁶ Na jurisprudência, *vide* o Acórdão do STJ de 23/10/2003, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/01/2010 e de 30/09/2010 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012.

⁵⁷ Nas arbitragens multicontratos poderão estar em causa contratos múltiplos (em inglês, *multicontract*) ou outros de grupos de contratos (em inglês, *group of contracts*), dependendo, sobretudo, da dependência funcional entre os contratos.

⁵⁸ *Vide* CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO – “Da Condução do Processo Arbitral” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, Tomo II-III, 2013, p. 191.

⁵⁹ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 213.

⁶⁰ Por exemplo, *A* celebrou com *B* um contrato que por sua vez celebrou com *C* para executar o contrato que contratou com *D* para fornecer determinado tipo de produtos.

⁶¹ Por exemplo, *A* celebrou com *B* um contrato que subcontratou com *C*, que subcontratou com *D*.

⁶² Cfr. G.I.E. *Acadi vs. Société Thomson-Answare* – “(...) *Considering that the parties took the precaution of specifying in the second contract that the Commercial Court of Paris would have jurisdiction in the event of a dispute, and in the so-called "management" agreement that in the event of disagreement the dispute would be brought before the competent court; That the fact of having adopted – in a series of agreements which could give rise to complex litigation with inseparable components – these new provisions can on the contrary only be interpreted as the expression of the will of the contracting parties to waive the arbitration clause.*”.

⁶³ Pense-se no caso de uma convenção de arbitragem de um contrato que: (i) está em contraposição com outro contrato que designa um tribunal arbitral, (ii) ou é, de alguma forma, incompatível.

convenção de arbitragem compatível⁶⁴. Por fim, e em terceiro lugar, pode haver também casos em que os contratos foram celebrados entre diferentes partes com convenções arbitrais compatíveis⁶⁵ ou sem convenções arbitrais compatíveis⁶⁶. Contudo, em qualquer uma das situações descritas, “(...) o efeito típico que a existência de multicontratos (...) pode originar é a extensão da cláusula arbitral de um dos contratos a outros contratos conexos celebrados entre as mesmas partes desprovidos, ou não, estes últimos, contudo, de qualquer cláusula arbitral”⁶⁷.

Em Portugal, casos como os acabados de referir têm acolhimento em alguns regulamentos de arbitragem⁶⁸. Contudo, a LAV é omissa a este respeito – gerando o problema da compreensão das arbitragens multicontratos em Portugal. Acompanho, com esta súmula e à semelhança das arbitragens multipartes, a posição de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, de que não é de excluir “(...) a possibilidade de intervenção de um terceiro vinculado por uma convenção de arbitragem compatível, sobretudo se (...) as circunstâncias do caso concreto não deixarem dúvidas de que as partes

⁶⁴ Por exemplo, há instituições arbitrais (internacionais e nacionais) que exigem que os contratos e as suas convenções de arbitragem sejam compatíveis ou que o litígio surja da mesma transação ou da mesma série de transações (cfr. artigo 9.º do Regulamento de Arbitragem da CCI).

⁶⁵ Cfr. Caso *Westland* – “(...) everything depended on the intention expressed by the parties in the arbitration clause. It is necessary and therefore sufficient, in principle, that they wished to bind themselves for the arbitrators to have jurisdiction at the same time in respect of them all and for one of them to be able to initiate proceedings against all the others within one set of arbitration proceedings. It thus matters little that there are several arbitration clauses when their content shows that they make up a whole in the mind of the parties. Such are the circumstances of the present case (...) the series of documents concluded constitute an indivisible whole and the four states thus truly demonstrated their desire to act together, by joining together under one name. The similarity of the clauses used in the various contracts can only serve to bear out this interpretation. It follows that the tribunal is not merely competent as regards each of the states, AOI and ABH but is justified in adjudicating upon their cases in one and the same award.”.

⁶⁶ Cfr. *SMABTP & Autres vs. Société Statinor & Autre* – “The arbitration clause inserted in an international contract has self-standing validity and effectiveness, which requires that its application be extended to parties which are directly implicated in the performance of the contract and in the dispute that may arise therefrom, as long as it is established that their situation and their activities give rise to the presumption that they were aware of the existence and the scope of the arbitration clause, even though they were not signatories of the contract which provides for it. This is not the case of a company (here the employer) which limited itself to acquiring, through sub-contractors, products manufactured by a third company, about which it is neither alleged nor shown that it had knowledge of the obligations entailed by the agreement concluded by the third company and said sub-contractors.”.

⁶⁷ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 214.

⁶⁸ Cfr. artigo 25.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento de Arbitragem do CAC.

aceitaram que o mesmo processo arbitral pudesse decorrer com a presença de todos^{69 70}. Ou seja, relativo à admissibilidade das arbitragens multicontratos, as especificidades das circunstâncias de cada caso concreto são essenciais pois que, tendo em conta a panóplia e multiplicidade de casos, não é possível proceder a generalizações ou a respostas gerais^{71 72}. Contudo, a linha condutora relacionada com a admissibilidade das arbitragens multicontratos é a interpretação da vontade das partes⁷³. Para que fique claro, o fator de admissibilidade deste tipo de demandas arbitrais está relacionado com a existência de um nexo de conexão entre dois ou mais contratos celebrados entre partes que façam parte de um processo contratual e que a vontade real, ou presumida, das partes não seja diferente à que está subjacente à celebração dos contratos. E isto, porque a extensão da cláusula arbitral⁷⁴ funda-se na conveniência em julgar em determinado processo arbitral o que as partes acordaram noutros contratos. Com o que se acaba de dizer, considero que no caso de existir remissão, deve entender-se como princípio⁷⁵ que a referida remissão engloba a convenção de arbitragem. Nestes casos, deverá aplicar-se a teoria da incorporação por remissão^{76 77 78}, que teve, em Portugal, acolhimento no artigo 2.º, n.º 4 da LAV⁷⁹.

⁶⁹ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 328.

⁷⁰ Exemplo de cláusulas não compatíveis estão relacionadas com as que prevejam a arbitragem *ad hoc* num contrato e a arbitragem institucionalizada noutro contrato. Outro exemplo é o de convenções de arbitragem que prevejam o lugar da arbitragem em países diferentes com a consequente aplicação de leis arbitrais diferentes.

⁷¹ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 174.

⁷² No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2012, as partes celebraram três contratos (de adesão, de uso de insígnia e de arrendamento) em que apenas um continha uma convenção arbitral e os outros dois tinham convenções de competência. O Tribunal analisou os elementos de interpretação das partes e entendeu que, apesar de se tratar de uma união de contratos dependente, não era possível estender a convenção arbitral a todos os contratos. A decisão deste Tribunal não pode ser generalizada – é sempre necessário analisar todos os factos do caso concreto.

⁷³ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 172 a 174.

⁷⁴ Esta decisão caberá sempre aos árbitros, ainda que ouvidas as partes.

⁷⁵ Ou presunção.

⁷⁶ Cfr. HANOTIAU, BERNARD – *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ Em inglês, designada por *incorporation by reference*, que determina que uma pessoa pode ficar vinculada à arbitragem se existir uma remissão para uma convenção de arbitragem constante de outro contrato com uma configuração subjetiva ou material diversa.

⁷⁸ Sobre a teoria da incorporação por remissão, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/10/2003, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/01/2010 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/09/2010.

⁷⁹ Na doutrina, *vide* BORGES, CARLA GONÇALVES – “Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem” in *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n.º 13, 2006, p. 146.

Conforme referido, ainda que não seja possível proceder a generalizações quanto à admissibilidade de arbitragens multicontratos, considero que, no plano da prática arbitral, em especial, internacional, estaremos perante este tipo de arbitragens quando: (i) estiver em causa contratos múltiplos não ligados pela mesma convenção de arbitragem celebrada (mas não exclusivamente) pelas mesmas partes, (ii) existir uma relação vertical⁸⁰ ou horizontal⁸¹ entre os contratos celebrados (iii) um dos litígios contratuais estiver abrangido por convenção de arbitragem, (iv) existir uma ligação económica entre os vários contratos apesar de a operação económica única não ser suficiente⁸².

3. A intervenção de terceiros nas arbitragens (*joinder and intervention of third parties in arbitral proceedings*)

Este é um dos temas há muito discutido no seio da comunidade internacional arbitral – e fonte de várias dúvidas. Apesar da evolução da legislação e da jurisprudência (quer internacional, quer nacional), BREKOULAKIS considera que a intervenção de terceiros é o grande desafio que se coloca na prática da arbitragem comercial internacional⁸³. E com razão, pois que enquanto a intervenção de terceiros representa um dos expoentes do princípio da economia processual, também pode ser utilizada com efeitos de entorpecer ou protelar uma demanda arbitral.

Tal como vimos, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem. Consequentemente, não há dúvidas de que a fonte dos poderes dos árbitros é a convenção de arbitragem e não um ato estadual, não exercendo os árbitros poderes soberanos⁸⁴. Ademais, os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania e não têm *ius imperii*. Naturalmente, traduz-se numa dificuldade à

⁸⁰ Isto é, está em causa uma execução de cima para baixo de acordos relacionados.

⁸¹ Isto é, uma parte celebra contratos diferentes com várias partes.

⁸² Cfr. *Société Glencore Grain Rotterdam BV vs. Société Afric* – "(...) *il se déduit des liens économiques étroits existant entre les deux phases de l'opération dont la seconde rendue nécessaire par la situation politique au Congo à l'époque, n'était que la suite et la conséquence de la première, que la volonté implicite des parties a été nécessairement d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux aux composantes indissociables, pouvant survenir entre elles à propos de leur exécution.*". Sobre este tema vide SALAVERRY, FERNANDO CANTUARIAS e DEVILLE, JOSE LUIS REPETTO – "Arbitraje y Múltiples Contratos" in *THEMIS-Revista de Derecho*, n.º 71, 2017, pp. 135 a 152.

⁸³ BREKOULAKIS, STRAVOS L. – *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, p. 26.

⁸⁴ VICENTE, DÁRIO MOURA – *Da Arbitragem Comercial Internacional Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, 1990, p. 66.

intervenção de terceiros no processo arbitral porquanto, ao contrário dos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais não têm um poder jurisdicional sobre todos⁸⁵, mas apenas sobre aqueles que se tiverem submetido a uma convenção arbitral. Mas não é o único problema. Pode, por exemplo, comprometer características da arbitragem como a celeridade, a confidencialidade, a eficiência e os custos. Outra dificuldade é a de saber se a decisão de um tribunal arbitral em relação a um terceiro que tenha sido admitido na arbitragem (por exemplo, através de intervenção provocada⁸⁶) faz caso julgado, isto é, se há uma extensão do caso julgado ao terceiro⁸⁷. Contudo, e apesar do que se acaba de dizer, em Portugal, foi incluído na LAV o atual artigo 36.º que tutela a intervenção de terceiros⁸⁸ – que regula que a intervenção pode ocorrer antes ou depois de constituído o tribunal arbitral^{89 90}. Porém, sobre as intervenções anteriores à constituição do tribunal arbitral, estas apenas são admitidas em arbitragens institucionalizadas⁹¹.

Para que se verifique uma intervenção de terceiros, nos termos do artigo 36.º da LAV, e ao contrário do Processo Civil, é necessário que o terceiro esteja vinculado à convenção arbitral^{92 93}. E este é o centro da questão pelo que só há competência do tribunal arbitral se existir uma convenção de arbitragem. Por outras palavras, o princípio que emana do artigo 36.º

⁸⁵ Sobre este ponto, vide as notas de rodapé n.º 16 e 17 da presente dissertação.

⁸⁶ No caso de intervenção espontânea de um terceiro haverá sujeição automática ao caso julgado, uma vez que pressupõe a vinculação do terceiro à convenção arbitral – cfr. artigo 36.º, n.º 2 da LAV.

⁸⁷ A favor da extensão do caso julgado a terceiros cuja intervenção tenha sido provocada *vide* GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 274 a 275 e VICENTE e DÁRIO MOURA (coord.) – *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, pp. 117 e 118.

⁸⁸ Relativamente à política legislativa em Portugal, existiu uma hesitação inicial do legislador em tratar o tema pelo que no projeto de lei apresentado por ANTÓNIO SAMPAIO DE CAMELO aos membros da Associação Portuguesa de Arbitragem, a intervenção de terceiros não constava a matéria da intervenção de terceiros.

⁸⁹ Cfr. artigos 36.º, n.ºs 2 e 6 da LAV.

⁹⁰ Apontando no sentido de OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE – *op. cit.*, p. 437, esta decisão do legislador nacional não é isenta de críticas. Por exemplo, questiona-se como poderá existir um *terceiro* sem que esteja um tribunal arbitral constituído.

⁹¹ Nestes casos, deve o regulamento de arbitragem garantir a observância do princípio da igualdade das partes.

⁹² O que se compreende, tendo em conta a origem contratual da arbitragem.

⁹³ MANUEL BOTELHO DA SILVA, em “Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias” in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Vol. II, Almedina, 2002, p. 532, defende que as partes deviam dar o seu consentimento à intervenção de terceiros em processos arbitrais. Em sentido contrário, *vide* FREITAS, JOSÉ LEBRE – “Intervenção de Terceiros (signatários e não signatários da convenção)” in *Intervenções — III Congresso do Centro de Arbitragem da Camara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010, p. 188. Na prática arbitral internacional, também instituições arbitrais de referência como a CCI, LCIA e AAA não exigem o consentimento das partes.

da LAV é o de que “(...) para que qualquer sujeito possa litigar no foro arbitral, é necessário que o mesmo consinta em se submeter à jurisdição arbitral”⁹⁴. Porém, o legislador decidiu (e bem) que, apesar de um terceiro ter dado o seu consentimento à convenção arbitral, a decisão da sua intervenção cabe aos árbitros⁹⁵ – a LAV identifica três situações em que se entende ser admitida: o litisconsórcio, a oposição e a intervenção acessória provocada, sem prejuízo de se tratar de um preceito exemplificativo. Na doutrina, há inclusive quem defenda que “(...) há autores que entendem que é possível recompor o tribunal de acordo com os princípios do processo equitativo, em especial a imparcialidade dos árbitros”⁹⁶.

Em conclusão, não há dúvidas que em Portugal, e, de resto, na prática arbitral internacional, que a intervenção de terceiros é admitida. Porém, e em Portugal, o regime da intervenção de terceiros na arbitragem aparenta ter diferenças quando comparadas com o regime do direito processual civil. Uma delas, a posição do *terceiro* como uma *parte principal*⁹⁷.

3.1 A extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros

Além do mais e apesar do acabou de ficar dito⁹⁸, no que verdadeiramente concerne relativamente à presente dissertação, para que um terceiro se considere vinculado a uma convenção arbitral⁹⁹ não tem de ser signatário da referida convenção. E assim o é por dois motivos: em primeiro lugar, porque o artigo 36.º, n.º 1 da LAV não o exige¹⁰⁰ e, em segundo lugar, porque *signatário*¹⁰¹ não significa o mesmo que *vinculado*¹⁰². O que se compreende “(...)

⁹⁴ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 322.

⁹⁵ Cfr. artigo 36.º, n.º 3 da LAV.

⁹⁶ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 272.

⁹⁷ Parece ser esta a solução que se depreende da remissão feita do artigo 36.º, n.º 5 da LAV para o artigo 33.º do mesmo diploma, preceito que regula a apresentação dos articulados das partes. Neste sentido, *vide* SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – “Intervenção de Terceiros em processo arbitral” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, p. 175 e CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO – *op. cit.*, p. 201

⁹⁸ A intervenção de terceiros é uma questão de natureza processual em que se analisa como é que um terceiro, que não é signatário da convenção arbitral, participa no processo arbitral. O que analisarei neste capítulo trata-se de uma matéria substantiva, em que procurarei retratar situações factuais e não processuais. Todavia, em muitas vezes, a matéria substantiva acompanha a vertente processual, fazendo com que exista *per si* uma ligação temporal e sucessiva entre si.

⁹⁹ Cfr. artigo 36.º, n.º 1 da LAV.

¹⁰⁰ À semelhança de outras leis de arbitragem estrangeiras.

¹⁰¹ “*Que ou aquele que assina um documento, carta, recibo, etc.*” *Vide* “signatário” in *Priberam Dicionário*. <https://dicionario.priberam.org/signatario> [consultado em 14/04/2023].

¹⁰² “*Ligado por vínculos*” *Vide* “vinculado” in *Priberam Dicionário*. <https://dicionario.priberam.org/vinculado> [consultado em 14/04/2023].

*uma vez que nos termos da LAV não é necessária a assinatura das partes para que estas se possam considerar vinculadas pela convenção de arbitragem (...)*¹⁰³. Para que fique claro, o consentimento não depende da assinatura das partes.

Apesar de este ser um tema também da prática arbitral internacional, vejamos em particular o caso de Portugal. Um dos pilares da arbitragem é de que a vontade de submeter a árbitros a resolução de um litígio tem de ser devidamente exteriorizada¹⁰⁴ – ainda que não se exija que a convenção de arbitragem seja assinada pelas partes, ao contrário do que estabelecia o artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho¹⁰⁵. Este é, na minha opinião e acompanhando ANTÓNIO PEDRO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO SILVA e DANIELA MIRANTE¹⁰⁶, o motivo pelo qual há casos em que um terceiro pode intervir num processo arbitral, por se entender vinculado a uma convenção, ainda que não tenha subscrito uma convenção arbitral. São três os grupos de situações em que um terceiro pode intervir¹⁰⁷: (i) o terceiro adquire a posição contratual de um sujeito jurídico original que o legitima¹⁰⁸; (ii) o terceiro intervém por iniciativa própria ou por iniciativa de uma das partes por adesão à convenção de arbitragem¹⁰⁹¹¹⁰ e (iii) o terceiro (aparente) é chamado a intervir num processo arbitral, mas trata-se de uma parte original oculta¹¹¹. E é desta forma que surge a questão relacionada com a extensão da

¹⁰³ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 324.

¹⁰⁴ Desde logo porque, nos termos do artigo 2.º, n.º 1 da LAV (à semelhança do que estatuí o artigo 7.º da Lei Modelo da UNCITRAL), a convenção de arbitragem tem de adotar a forma escrita. Esta exigência justifica-se pela renúncia aos tribunais estaduais que têm o seu acesso garantido constitucionalmente no artigo 20.º da CRP.

¹⁰⁵ “A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, assinado pelas partes, no qual estas manifestem a vontade inequívoca de submeter a solução do litígio a um ou mais árbitros.”

¹⁰⁶ Cfr. MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁷ Para mais detalhe sobre esta matéria, vide CARVALHO, JORGE MORAIS e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 4, 2011, pp. 114 a 143 e BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 185.

¹⁰⁸ Entre outros: a cessão da posição contratual, a cessão de créditos, o contrato a favor de terceiro, a assunção da dívida e o contrato de adesão.

¹⁰⁹ Cfr. artigo 36.º, n.º 3 da LAV, tratando-se, nos termos do n.º 7 do referido artigo, de regras supletivas.

¹¹⁰ Também se prevê igualmente a intervenção de terceiros nas regras do LCIA (artigo 22(1) (h)).

¹¹¹ Este grupo de situações centra-se no facto de os terceiros não se terem vinculado a nenhuma convenção de arbitragem. Na esteira de MANUEL PEREIRA BARROCAS, a vantagem deste grupo de casos ser reconhecido tem que ver com dotar a arbitragem de meios que a tornem eficaz (Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 193).

convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros^{112 113}. Contudo, nestes casos, apesar de esta matéria confluir com a origem contratual da arbitragem, não se trata de cumprir os requisitos legais da LAV¹¹⁴ uma vez que não se pretende a celebração de uma convenção *ex novo*.

Uma questão prévia sobre a extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros é a de esta ser ou não a melhor designação a ser utilizada uma vez que, na prática, não existe uma extensão da convenção arbitral, mas sim um terceiro que aparenta não estar vinculado encontrando-se, porém, vinculado à convenção arbitral¹¹⁵. Por outras palavras, o que aqui se quer dizer é que na verdade “(...) *não se trata de propriamente nesses casos de intervenção de terceiros, mas sim de intervenção de partes originais ocultas ou que devam ser consideradas como tal, não se relevando, assim, desde o início do processo, a sua identidade como parte*”¹¹⁶.

Aqui, o problema (que é contratual¹¹⁷), prende-se com o facto de saber se e quando um não signatário se pode considerar vinculado pela convenção de arbitragem – porque a referida vinculação pode ser não manifestada de forma expressa¹¹⁸, mas deduzida de

¹¹² Na doutrina, *vide*, a título de exemplo, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 152 a 180, CARLA GONÇALVES – *op. cit.*, pp. 122 a 151, FONTES, TITO ARANTES e CASANOVA, NUNO SALAZAR – “O Equitable Estoppel e a Arbitragem Imposta por Terceiros não signatários” in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 277 a 300, ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE – “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos” in *I Congressos do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008, pp. 93 e 94.

¹¹³ Na jurisprudência, *vide*, a título de exemplo, o caso *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain* de 23/09/1982, o Caso *Dallah* de 03/11/2010, o Acórdão do STJ de 27/11/2008 e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011 e de 24/03/2015.

¹¹⁴ Cfr. artigo 1.º da LAV.

¹¹⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA designa estes terceiros como *falsos terceiros* porquanto são verdadeiras partes da convenção arbitral. Cfr. SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – “A Intervenção de Terceiros em processo arbitral” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 159 a 160. Ademais, porque parece não existir uma *extensão* em sentido próprio pois uma extensão pressupõe que os efeitos da convenção arbitral foram ampliados subjetivamente. *Vide*, sobre esta matéria BORN, GARY B. – *International Commercial Arbitration, Vo. I: International Arbitration Agreements*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, 2014, pp. 1412 e ss..

¹¹⁶ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁷ BORGES, CARLA GONÇALVES e GALVÃO, RICARDO NETO – “A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários” in *Intervenções — VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2013, p. 119.

¹¹⁸ No âmbito da presente dissertação estão excluídos casos em que existe uma vinculação expressa, por exemplo, no caso de uma sociedade que através do seu representante legal assina uma convenção de arbitragem.

comportamentos¹¹⁹. Como ponto de partida para análise da questão e para que haja a vinculação de um terceiro a uma convenção de arbitragem, terão que estar definidas, necessariamente, quais as partes desse litígio¹²⁰. Ora, a convenção arbitral é um negócio jurídico bilateral, que se rege pela aplicação de regras e dos princípios gerais dos contratos, sendo o consentimento definido como uma manifestação de submissão a um tribunal arbitral a constituir.

Casos existem de outras formas de manifestação em que se reconhece o consentimento de um terceiro. Por exemplo, o caso de um procurador que atua em representação de uma sociedade comercial e a referida sociedade fica também vinculada a uma convenção arbitral¹²¹¹²². Contudo, já não se poderá reconhecer o consentimento no caso de estar em causa uma representação aparente – em que existe uma representação de uma sociedade, mas não expressa. Ora, a verdade é que a solução para estes casos de extensão da convenção de arbitragem a não signatários ou a terceiros tem que ver com uma interpretação do caso concreto do consentimento, isto é, da vontade das partes e não do signatário aquando da celebração da convenção de arbitragem ou aquando da execução de um contrato. Com efeito, cada demanda arbitral tem que ser analisada caso a caso – segundo os princípios gerais da interpretação dos contratos. Até porque a convenção de arbitragem, regra geral, não é celebrada *intuitu personae* e, por esse motivo, poderá ser transmitida como qualquer outra posição contratual¹²³.

Concluindo, não restam dúvidas de que a natureza contratual da arbitragem impõe que o consentimento seja o ponto de partida para que se verifique a extensão da convenção de arbitragem. Contudo, e do que se acaba de dizer, são os factos concretos¹²⁴ de determinada demanda arbitral o ponto fulcral para que se verifique a extensão da convenção de arbitragem pois que deve ser interpretada caso a caso¹²⁵. Na minha opinião, essa interpretação deverá ser

¹¹⁹ Por exemplo, o caso em que uma parte recebe, por escrito, uma proposta de contrato que contém uma cláusula arbitral e inicia a execução do mesmo, apesar de não ter comunicado a sua aceitação.

¹²⁰ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 195.

¹²¹ BORN, GARY B. – *op. cit.*, pp. 1419 e ss..

¹²² Vide o caso *InterGen NV vs. Grina* sobre esta matéria.

¹²³ Além do mais, pode ainda ser considerada parte acessória de um contrato.

¹²⁴ É, assim, necessário examinar detalhadamente todos os factos e circunstâncias de uma parte na intervenção de um contrato, seja porque esteve envolvida na negociação, celebração ou execução. Vide, neste sentido, o caso da CCC n.º 9517 de 1998.

¹²⁵ Em Portugal, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/03/2015 decidiu, sobre este tema que “2. A adesão tácita (*implied consent*) deve emergir de factos que com toda a probabilidade a revelem (art. 217.º, n.º1, parte final do Cód. Civil); para esse efeito não basta que o terceiro tenha tido intervenção na fase das negociações e execução do contrato em que se insere a convenção arbitral, exigindo-se que, 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.”

orientada pelo princípio da boa-fé, pelo princípio da interpretação efetiva do consentimento¹²⁶ e pelo princípio da interpretação declarativa restrita¹²⁷.

3.2 A extensão às sociedades em grupo

Aqui chegados, o facto de um terceiro integrar um grupo de sociedades pode ser bastante relevante para aferir a vinculação a uma convenção arbitral, através da sua extensão. Porém, o referido não faz com que em todos os casos em que um terceiro faça parte de um grupo de sociedades se possa considerar vinculado a uma convenção arbitral¹²⁸. O principal motivo está relacionado com o facto de a Convenção de Nova Iorque de 1958 ter requisitos exigentes para reconhecimento de sentenças – pelo que são de difícil reconhecimento decisões arbitrais que condenem sucursais¹²⁹ ou sociedades subsidiárias que não são partes de uma convenção arbitral. Porém, na prática internacional comercial, há casos em que o tribunal arbitral permite a intervenção de sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Vejamos.

Nos últimos quarenta anos, o mundo tem evoluído constantemente. Dessa forma, também o mundo dos negócios e as sociedades comerciais têm-se adaptado e, sobretudo, evoluído. Aliás, como refere JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “(...) não restam hoje dúvidas de que o grupo de sociedades constitui já o novo actor central do sistema económico-societário dos nossos dias, tendo ofuscado em grande medida a tradicional sociedade individual”¹³⁰. Por esse motivo, muitas vezes por razões financeiras, fiscais ou comerciais, não existe uma coincidência entre as partes que negociam, assinam e executam um contrato. Com isto, é possível que sociedades de um determinado (grupo de sociedades) possam ser chamadas a uma demanda arbitral, dependendo das circunstâncias, no caso de a sociedade signatária ser também ela uma

¹²⁶ Que garante a efetiva vigência de uma cláusula onde se insere a convenção arbitral no caso de existir duas interpretações possíveis.

¹²⁷ A interpretação declarativa pode ser restrita ou lata, dependendo se tomar um sentido limitado ou um sentido amplo as expressões que têm vários significados. Não se deve confundir com a interpretação extensiva ou restritiva pois que em nada “(...) se restringe ou se estende quando entre os significados possíveis da palavra se elege aquele que parece mais adaptado à mens legis” (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/05/2011).

¹²⁸ A decisão de 29/01/1996 do Tribunal Federal Suíço considerou que a doutrina do grupo de sociedades não justifica, por si só, a execução de uma convenção de arbitragem a outra sociedade do mesmo grupo, com base nesse argumento.

¹²⁹ Como já referido, gozam de personalidade judiciária, podendo ser demandadas e condenadas.

¹³⁰ Cfr. ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *op. cit.*, p. 13.

sociedade desse grupo¹³¹ – que configura a chamada teoria dos grupos de sociedades que, em sentido estrito, caracteriza-se “(...) *pela existência de (...) [uma] direção unitária de duas ou mais sociedades, que conservam a sua personalidade jurídica autónoma e as respetivas estruturas organizativas*”^{132 133}. E assim o é pois, como afirma MANUEL PEREIRA BARROCAS, a jurisprudência tem presumido que “(...) *a assinatura da sociedade-mãe vincula, em regra, uma sua filial, mas tem requerido, completamente, que a filial tenha participado na negociação ou na execução do contrato sob arbitragem*”.¹³⁴ Porém, há outros elementos que devem ser tidos em consideração, em cada caso concreto, para que uma convenção de arbitragem seja alargada a uma parte (sociedade) não signatária. Por exemplo, (i) o facto de a contraparte ter sido razoavelmente convencida, pela atuação da parte contrária e de outras sociedades do grupo, que celebrou o contrato com o grupo de sociedades como um todo sem ter em conta que sociedades estariam, efetivamente, envolvidas na sua execução ou (ii) o facto de todas as sociedades envolvidas serem titulares dos direitos e obrigações da relação contratual. Todavia, os decisores arbitrais (em especial, da prática internacional) mais favoráveis à relevância do grupo de sociedades têm colocado a tónica na efetiva participação da sociedade do grupo não signatária – isto é, quanto maior for o envolvimento de uma sociedade não signatária pertencente a um grupo, maior facilidade há em justificar a extensão da convenção de arbitragem^{135 136}. Porém, e como já supramencionado, há também casos em que o alargamento da convenção de arbitragem não se verificou em grupos de sociedades^{137 138} – em especial, a

¹³¹ Cfr. HENRIQUES, DUARTE GORJÃO – “A Extensão da Convenção de Arbitragem no Quadro dos Grupos de Empresas e da Assunção de Dívidas: Um Vislumbre de Conectividade?” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ROA I, 2014, p. 164.

¹³² Cfr. OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE – *Manual de Grupos de Sociedades*, Almedina, 2016, p. 14.

¹³³ Na esteira de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, é possível afirmar na generalidade que um grupo societário fundado sobre uma direção unitária tem os seguintes fatores: (i) o controlo, (ii) a integração económica, (iii) a interdependência administrativa, (iv) a interdependência financeira, (v) a interdependência de trabalhadores e (vi) a imagem comum.

¹³⁴ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 196.

¹³⁵ O principal caso nesta matéria é o já mencionado *Down Chemical vs. Isover Saint Gobain*. Neste caso, o tribunal arbitral decidiu que a realidade económica indivisível do grupo *Dow Chemical* justificava a extensão da convenção arbitral a sociedades do grupo não signatárias da convenção arbitral.

¹³⁶ *Vide*, neste sentido, o caso n.º 10510 da CCI.

¹³⁷ No caso n.º 4402 da CCI, o tribunal arbitral recusou alargar à sociedade-mãe do grupo uma cláusula de arbitragem assinada por uma filial que tinha sido construída especialmente para executar um determinado projeto de construção civil.

¹³⁸ *Vide*, neste sentido, o caso n.º 10818 da CCI.

jurisprudência inglesa¹³⁹ inclina-se para o lado oposto desta discussão, ou seja, rejeita a extensão da convenção aos grupos de sociedades.

Para mim, sobre este tópico, e ao contrário da jurisprudência inglesa, toda a problemática das sociedades em grupo está relacionada com a circunferência factual de cada caso concreto. Aqui, o relevante é concluir se existe respeito pela realidade contratual. De resto, “(...) a teoria dos grupos de sociedades surge apenas como um elenco de situações que podem indiciar que uma sociedade não signatária esteja, efetivamente, vinculada a um contrato assinado por uma sociedade do mesmo grupo”¹⁴⁰. Em Portugal, a jurisprudência já seguiu um caminho conservador, de respeito pelos princípios dos contratos – o carácter obrigacional¹⁴¹. Contudo, no Direito Português, pode existir um controlo pela sociedade-mãe e interdependência financeiras¹⁴² das sociedades agrupadas – isto é, pode relevar-se uma influência de sociedades dominantes sobre as dominadas num mesmo grupo societário que se traduz na influência económica, patrimonial e organizativa. Em especial, há três possibilidades (ou indícios) de extensão da convenção arbitral a diferentes relações de grupo de sociedades nos termos do artigo 482.º do CSC: (i) grupo de sociedades em domínio total¹⁴³, (ii) grupo de sociedades paritário¹⁴⁴ e (iii) grupo de sociedades através de contrato de subordinação¹⁴⁵. Além do mais, há também casos em que verifica uma influência dominante ou uma direção unitária exercidas através de formas não tipificadas no CSC mas em que pode existir uma realidade económica unitária. Exemplo disso são os contratos de franquia¹⁴⁶ e os chamados *covenants*¹⁴⁷, oriundos do sistema jurídico anglo-saxónico.

¹³⁹ Cfr. *Adams vs. Cape Industries PLC*. No centro desta decisão, esteve a prevalência da teoria da independência jurídica das sociedades integrantes de um grupo societário face à realidade económica.

¹⁴⁰ Cfr. LOURO, JOÃO ALVES – *op. cit.*, p. 20.

¹⁴¹ Por exemplo, o já referido Acórdão do Tribunal da Relação de 11/01/2011 entendeu que “*I - A convenção arbitral celebrada com uma sociedade integrada num grupo de sociedades apenas vincula a outorgante, sem embargo de acordo posterior com outras sociedades*”.

¹⁴² Cfr. artigos 482.º e 503.º do CSC.

¹⁴³ Cfr. artigos 488.º e ss. do CSC.

¹⁴⁴ Cfr. artigo 492.º do CSC.

¹⁴⁵ Cfr. artigos 493.º e ss. do CSC.

¹⁴⁶ Sobre este tema *vide* MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – *Direito Comercial, Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, 2002, pp. 117 e ss..

¹⁴⁷ Muitas vezes, nos contratos de financiamento de sociedades comerciais por instituições bancárias, além de garantias-tipo como hipotecas ou penhores, são apostas cláusulas de controlo para princípio de garantia do cumprimento das obrigações financeiras assumidas. Por outras palavras, os *covenants* são acordos, devidamente expressos nos clausulados contratuais, que servem como meio de resolução de conflito entre credores-financiadores e os acionistas de uma sociedade, de forma a que os credores-financiadores efetuem a sindicância da dívida perante os acionistas. *Vide*, sobre este tema, COELHO,

Ora, do que acaba de ficar dito, a extensão de sociedades em grupo não é garantida – conforme demonstrado pelos arestos a que se fizeram referência. O que cumpre ressaltar é a ideia de que, para que se verifique uma extensão da convenção arbitral a sociedades em grupo, haverá que se atender não apenas à situação de direito, mas também à situação *de facto*, sobretudo em relação ao plano organizacional e económico – aqui, e seguindo JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, porque o “(...) o critério subjacente [pode ser] (...) o da existência ou inexistência de um instrumento jurídico de constituição do grupo (“*rectius*”, de criação de uma direcção económica unitária) e de um regime jurídico específico a este aplicável”¹⁴⁸. Com efeito, para que se verifique uma extensão de convenção arbitral, fruto de uma interpretação, é necessário que o plano económico se sobreponha à realidade (autonomia de cada entidade) jurídica.

3.3 A extensão ao Estado (e a outras entidades públicas)

O Estado tem “(...) por atribuições naturais e constitucionais, um controlo geral e um dever de proteção e promoção do interesse geral da comunidade respetiva independentemente de especiais relações de dependência formal com outras entidades do sector público”¹⁴⁹. E, conseqüentemente, quer o papel do Estado, quer o papel das entidades criadas por si, podem revelar-se um *problema* no âmbito das arbitragens (complexas) – em especial por razões constitucionais.

Partindo da prática internacional arbitral, tal como no caso de sociedades em grupo, e antecipando, é importante ter em atenção os elementos factuais de determinado caso. De resto, para que o Estado possa ser uma parte num processo arbitral¹⁵⁰, pela extensão de uma convenção arbitral, desencadeado pela vinculação de uma entidade pública à referida convenção arbitral, considero existirem *fatores indiciários* que se devem ter em consideração: (i) a natureza das políticas de fins de interesse público ou social do Estado executadas pela entidade do setor público signatária da convenção arbitral¹⁵¹; (ii) a dependência funcional da entidade signatária ao Estado no que respeita à tomada de decisões, designadamente a

DIOGO – “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada aos Covenants na responsabilidade dos Credores-Financiadores?” in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, n.º 3/4, Almedina, 2015, pp. 793 e ss..

¹⁴⁸ Cfr. ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁹ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, pp. 208 e ss..

¹⁵⁰ Em especial, como demandado.

¹⁵¹ Aqui, a verdade é que a maior parte dos contratos celebrados por entidades públicas visam o interesse público. Porém, para que esteja em causa um fator de indício, deve verificar-se que a criação da entidade pública se tratou de uma instrumentalização do interesse e intervenção do Estado.

necessidade de obtenção de autorização prévia dada pelos órgãos do Estado para a celebração de determinado contrato, (iii) o grau de importância da intervenção dos órgãos do Estado na negociação e na execução do contrato principal celebrado, e (iv) a razoável representação na formação da vontade da contraparte sobre o papel do Estado, nomeadamente, através da intervenção no processo negocial, na execução e/ou cessação do contrato.

Porém, os *fatores indiciários* não são suficientes para se presumir, sem mais, que o Estado se encontrará automaticamente vinculado a uma convenção arbitral de que não é signatário. Considero que para que se verifique a vinculação do Estado (por extensão) a uma convenção arbitral porquanto estarem em causa atos ou atividades de entidades públicas¹⁵², será necessária uma ligação forte e ativa, que tenha sido determinante na negociação, celebração e execução de um contrato e que não se limite a uma atuação geral mas sim a uma atuação concreta¹⁵³. Contudo, se por exemplo um ministro, ou representante do Estado, se limitar a dar a sua aprovação à celebração de um contrato celebrado por uma entidade do setor público, não será suficiente para demonstrar a vontade do Estado em fazer parte daquele contrato¹⁵⁴ e, por isso, estará excluída a extensão da convenção de arbitragem a um Estado.

No geral, e tendo em conta as atribuições de um Estado, em especial, a promoção do interesse geral da comunidade, pode considerar-se que o Estado e uma entidade do setor público possam ser vistos como uma única parte. Assim, se estiver em causa, por exemplo, uma entidade pertencente ao setor público empresarial do Estado^{155 156}, ainda que com personalidade jurídica própria, pode ser motivo para se considerar a extensão da convenção arbitral ao

¹⁵² Estas são entidades que “(...) *estão relacionadas, ligadas ou dependentes do Estado, que traça as linhas políticas gerais e que promove e defende o interesse público*” in BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 209.

¹⁵³ A este respeito, *vide* o Caso *Westland* em que o Estado egípcio foi demandado por uma empresa inglesa fabricante de helicópteros com o fundamento de uma empresa estatal egípcia ter incumprido o contrato celebrado – onde constava uma cláusula de arbitragem. O referido contrato era parte de um programa que visava dotar o Egípto de uma indústria de defesa e que tinha tido o envolvimento do Estado egípcio, da Arábia Saudita, dos Emirados Árabes Unidos e do Catar.

¹⁵⁴ A este respeito, *vide* o Caso *Pyramids*, em que foi demandado o Estado egípcio por ter aprovado e ratificado um contrato celebrado entre a SPP (uma empresa de Hong Kong) e a Egyptian General Organization of Tourism, entidade criada para a construção de dois complexos hoteleiros no Egípto. O tribunal arbitral considerou, fruto da avaliação factual, que a assinatura do ministro do turismo do Egípto não demonstrava a intenção de vinculação ao contrato celebrado, valendo apenas como demonstração de supervisão e, por isso, não considerou a aplicação da extensão da convenção de arbitragem.

¹⁵⁵ O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, regula o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial. Cfr., em especial, os artigos 2.º, 5.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 133/2013.

¹⁵⁶ A este respeito, *vide* GONÇALVES, PEDRO COSTA – *Manual de Direito Administrativo Vol I*, Almedina, 2019, pp.781 a 794 e AMARAL, DIOGO FREITAS DO – *Curso de Direito Administrativo Vol. I*, 3.ª ed., Almedina, 2006, pp. 383 a 419.

Estado¹⁵⁷. Contudo, se a referida entidade tiver personalidade jurídica, com uma organização autónoma e independente, orçamentos próprios e regras fiscais iguais às das sociedades privadas, à partida, terá uma responsabilidade separada da do Estado e, nesses casos, não haverá extensão da convenção arbitral. Com efeito, e na minha opinião, a extensão ao Estado de uma convenção arbitral passa, sobretudo, pela interpretação de conceitos relevantes de Direito Público como *entidade pública* ou *interesse público*¹⁵⁸.

3.4 A extensão ao beneficiário do *Trust*

Muitas vezes, das situações factuais que possam existir, pode gerar-se a dúvida de que se está perante uma única realidade económica. Na prática internacional, uma das situações factuais utilizada muitas vezes pela prática comercial é o *trust*^{159 160 161}, que é “(...) *como uma relação fiduciária através da qual os bens são transmitidos a uma pessoa (trustee) para que esta os administre em benefício de um terceiro (beneficiário) e em conformidade com o objectivo estabelecido no acto constitutivo*”^{162 163}.

A figura do *trust* tem sido utilizada, além de nos países de *Common Law*, nos países com sistemas de matriz germânica, nas relações bancárias e no sistema financeiro¹⁶⁴, de modo a deixar o beneficiário do *trust* numa posição de distanciamento do risco. Aliás, é o “(...) *instituto jurídico mais característico da Common Law*”¹⁶⁵. Assim, o *trust* é visto muitas vezes como tendo uma natureza instrumental do(s) seu(s) beneficiário(s). Tradicionalmente entendido, trata-se de “(...) *uma transmissão de um direito para alguém de confiança, que se compromete a atuar nos exatos termos acordados e a retransmitir o bem com a verificação dos*

¹⁵⁷ HANOTIAU, BERNARD – *op. cit.*, pp. 239 e ss..

¹⁵⁸ Este conceito deve ser interpretado e analisado com bastante cautela pois que, em último caso, poder-se-ia concluir que todas as convenções arbitrais subscritas por entidades públicas poderiam ser estendidas ao Estado – em Portugal, ao Governo como órgão superior da Administração Pública.

¹⁵⁹ Figura típica da *Common Law* que regula uma relação fideicomissária.

¹⁶⁰ Também designado como um *veículo financeiro*.

¹⁶¹ *Vide*, sobre a figura do *trust*, CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, 2014.

¹⁶² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/11/2017.

¹⁶³ Cfr. ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *op. cit.*, p. 72 e 73.

¹⁶⁴ *Vide*, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro, que estabelece o regime da titularização de créditos e regula a constituição e a atividade dos fundos de titularização de créditos, das respetivas sociedades gestoras e das sociedades de titularização de créditos.

¹⁶⁵ CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *op. cit.*, 2014, p. 58.

pressupostos acordados”¹⁶⁶ ¹⁶⁷. É por esse motivo que considero que a extensão de uma convenção arbitral ao beneficiário do *trust* que não se tenha vinculado a uma convenção arbitral poderá acontecer mais facilmente¹⁶⁸, mas não seguramente, do que nas situações referidas *supra*¹⁶⁹. E isto porque, na maioria dos casos em que é criado um veículo como o *trust*, o referido e os seus investidores são tratados em conjunto como uma única parte, mas nem todos são referidos na convenção de arbitragem.

O *trust*, sendo uma figura da matriz *Common Law*, deu origem ao que a jurisprudência e a doutrina americana chamada *alter ego theory*. Como já referido, a criação de um *trust* tem por base a não exposição direta ao risco de perda (por exemplo) de ativos financeiros; além do mais, e consubstanciando um distanciamento do risco, o mesmo pode ser entendido como a não sujeição ao risco de responsabilidade. Do ponto de vista comercial, e financeiro, o *trust* pode ser visto como uma solução. Porém, pode ser visto também como um escape aos princípios e ditames da boa-fé contratual¹⁷⁰. Por outras palavras, e conforme salienta MARIANA FRANÇA GOUVEIA, a inclusão fictícia “(...) de uma sociedade no contrato com o objetivo de não envolver no negócio, em caso de litígio, a sociedade ou as sociedades que verdadeiramente atuam como parte poderá ser contrária ao princípio da boa fé”¹⁷¹.

Porém, a análise do caso *Pakistan Government vs. Dallah Real Estate*¹⁷², é muito importante em relação à matéria da extensão de convenção arbitral em casos de *trusts* porquanto

¹⁶⁶ CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *op. cit.*, 2014, p. 1040.

¹⁶⁷ Porém, e no entendimento mais recente, nada impede que o titular de um direito assumira uma obrigação no âmbito de uma posição já ocupada.

¹⁶⁸ Cfr. *Pakistan Government vs. Dallah Real Estate*. O Presidente do Paquistão criou um *trust* para prosseguir o negócio acordado entre a *Dallah Real Estate* e o Ministério dos Assuntos Religiosos do Estado do Paquistão para a construção de alojamento destinados a peregrinos paquistaneses. Fruto do não reconhecimento do referido *trust*, uma vez que o novo chefe de Estado não aprovou a criação do *trust*, apesar de ter sido celebrado um contrato, a *Dallah Real Estate* demandou o Estado do Paquistão. O tribunal arbitral considerou que o Estado estava vinculado à convenção arbitral, apesar de não ser parte no contrato de *trust*. Sobre este tema, vide MARTINS, SOFIA – “Arbitragens Complexas: um comentário ao caso Dallah” in *V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, 2012.

¹⁶⁹ Cfr. Capítulos 3.2 e 3.3 da presente dissertação.

¹⁷⁰ Porém, e seguindo o entendimento de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, considero que apesar de tradicionalmente se atribuir aos negócios fiduciários (aqui, o *trust*) uma função de contornar a rigidez do sistema, a fidúcia não representa, em si mesma, uma violação direta ou indireta da lei – devendo, por esse motivo, ser de rejeitar o entendimento de que o *trust* se aproxima da figura da simulação ou consubstancia fraude à lei (cfr. CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *op. cit.*, 2014, p. 1139). Contudo, considero, também neste ponto, que a ilicitude da constituição de um *trust* deverá sempre ser averiguada em concreto à luz do contexto factual envolvente.

¹⁷¹ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 166.

¹⁷² Para mais detalhe, vide GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 167 e ss..

demonstra visões diferentes de dois Direitos¹⁷³ – tendo, como ponto de partida, o incumprimento de um contrato celebrado entre um *trust* e a *Dallah Real Estate*. Por um lado, o Estado Paquistânês impugnou a execução da sentença arbitral junto dos tribunais ingleses. O *Supreme Court* do Reino Unido¹⁷⁴ excluiu a extensão da convenção arbitral ao Estado Paquistânês porquanto não era parte da convenção e não se tornou parte mesmo após a dissolução do *trust*. Ademais, considerou, pelo *test of common intention*, que não era vontade das partes envolvidas¹⁷⁵ que o Estado Paquistânês fosse abrangido pela convenção de arbitragem. Por outro lado, o Estado Paquistânês interpôs também a anulação da decisão do tribunal arbitral pelo junto dos tribunais franceses. A *Cour d'Appel* de Paris¹⁷⁶ confirmou a extensão da convenção arbitral, considerando que o Estado Paquistânês se encontrava vinculado pela convenção de arbitragem, tendo em conta o seu comportamento antes e depois da celebração do contrato. Como fica claro, com o mesmo caso, a mesma matéria factual, pode levar (e levou) a duas decisões opostas com base em dois Direitos diferentes. Todavia, e apesar de serem decisões orientam determinado raciocínio, no processo arbitral a decisão caberá sempre aos decisores arbitrais que se deverão munir de toda a factualidade para uma melhor decisão – e, se for o caso, a extensão da convenção arbitral.

Em suma, considero que se poderá aplicar a extensão de uma convenção arbitral a beneficiário de *trust* (que pode ser um Estado ou um investidor particular), quando estiver em causa a celebração de uma convenção de arbitragem apenas pelo referido *trust* – e isto porque o *trust*, como refere A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “(...) *consubstancia um negócio fiduciário stricto sensu para administração e aberto, que pode ser constituído por simples manifestação de vontade, por transmissão da posição jurídica para um terceiro que assume a posição de fiduciário ou por disposição testamentária*”¹⁷⁷. Porém, e também, como no domínio do referido pelas sociedades em grupo, dependerá da concretização em particular da relação direta do investidor com o *trust*, e na convicção criada na contraparte, sendo necessário levar a cabo uma interpretação caso a caso.

¹⁷³ O direito inglês e o direito francês.

¹⁷⁴ Cfr. decisão de 3/11/2010 do *Supreme Court* do Reino Unido.

¹⁷⁵ A *Dallah Real Estate*, o *trust* e o Estado do Paquistão.

¹⁷⁶ Cfr. decisão de 17/02/2011 da *Cour d'Appel* de Paris.

¹⁷⁷ CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *op. cit.*, 2014, p. 1142.

4. A extensão de medidas cautelares arbitrais a não signatários da convenção arbitral

Até ao momento, foi abordado o tema da extensão de uma convenção arbitral a um terceiro não signatário. Pretendo, agora, analisar também a extensão de medidas cautelares a não signatários da convenção arbitral. Para tal, no presente capítulo irei abordar duas questões principais: a primeira, a de saber se os tribunais arbitrais podem ou não decretar medidas cautelares e em que termos e, a segunda, saber se as medidas cautelares podem ou não ser decretadas a um terceiro não signatário da convenção arbitral. Vejamos.

4.1 As medidas cautelares na arbitragem

As medidas cautelares foram, nos últimos anos, um tema controvertido no seio arbitral¹⁷⁸, comum a vários ordenamentos jurídicos e decorrentes da prática arbitral internacional. Em Portugal, e em especial, porque a anterior LAV¹⁷⁹ era omissa em relação a esta matéria, levantando muitas dúvidas e dificuldades, o que levava a decisões díspares e contraditórias¹⁸⁰. Com a entrada em vigor da nova LAV, ainda que continuem a existir algumas dúvidas e incertezas¹⁸¹, a verdade é que as medidas cautelares encontraram regulação¹⁸² – passando os tribunais arbitrais a poderem decretar providências cautelares¹⁸³. Contudo, e na esteira de, entre outros, PAULA COSTA E SILVA¹⁸⁴, entendo que os tribunais arbitrais têm duas competências distintas: a competência para o decretamento de providências cautelares e a competência para a execução dessas medidas – que não são cumulativas. E isto porque os tribunais arbitrais carecem de autoridade (entendido como o *ius imperii*) e, por isso de competência executiva¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Em especial, porque as medidas cautelares são tomadas com base no *fumus boni juris* e, por vezes, sem contraditório do requerido (*ex parte*) como, por exemplo, no caso do arresto.

¹⁷⁹ Cfr. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto.

¹⁸⁰ Vide, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2008 que defendeu a inadmissibilidade total da competência cautelar dos tribunais arbitrais.

¹⁸¹ Por exemplo, o Código de Processo Civil Italiano continua a proibir a competência cautelar dos tribunais arbitrais – cfr. artigo 818.º do referido CPC.

¹⁸² Cfr. artigos 7.º e 20.º a 29.º da LAV.

¹⁸³ Como, de resto, acontece num considerável número de leis arbitrais.

¹⁸⁴ SILVA, PAULA COSTA E – “A arbitrabilidade de medidas cautelares” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 63, 2003, pp. 215-231.

¹⁸⁵ ARMINDO RIBEIRO MENDES refere que “(...) as partes de uma convenção de arbitragem podem pactuar nesta que o tribunal arbitral poderá decretar providências cautelares, desde que tais providências se dirijam a uma das partes do processo arbitral e não impliquem o exercício de jus

Ora, a principal dúvida sobre as medidas cautelares encontra-se relacionada com a própria natureza da arbitragem e com os poderes do tribunal arbitral. Como se disse já, a arbitragem é contratual na sua origem e, por esse motivo, a função jurisdicional desempenhada pelos tribunais arbitrais é, ela própria, especial: os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania, não têm *ius imperii* e, por esse motivo, não gozam dos mesmos poderes que os juízes dos tribunais judiciais¹⁸⁶. Todavia, esse não pode ser o motivo, e acompanhando MARIANA FRANÇA GOUVEIA, pela qual a competência de um tribunal arbitral para decretar medidas cautelares “(...) não decorre automaticamente da concessão de poderes para decidir a final”¹⁸⁷. E, tal como uma sentença arbitral tem o mesmo carácter obrigatório que uma sentença judicial transitada em julgado¹⁸⁸, a verdade é que os tribunais arbitrais gozam de poderes cautelares. Mas não é a única dúvida relacionada com esta temática. Também é discutido se, havendo uma convenção arbitral, as partes poderão obter de um tribunal estadual o decretamento de medidas cautelares (arbitrais)¹⁸⁹. Acompanho, nesta matéria, a posição de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, segundo a qual, de *jure condendo*, a resposta à questão deveria ser negativa porquanto “(...) a parte que requeira uma providência cautelar ao tribunal estadual estará com isso a violar a convenção de arbitragem (preterição de tribunal arbitral), o que é suscetível de configurar uma exceção dilatória de incompetência absoluta do tribunal (nos termos dos artigos 577º, alínea a), e 96º, alínea b) do CPC) e conduzir à absolvição da instância”. Porém, em Portugal e de *jure condito*, a LAV fornece uma solução diferente¹⁹⁰, estabelecendo¹⁹¹ que não é incompatível com uma convenção

imperii (...)” (Cfr. MENDES, ARMINDO RIBEIRO – “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (algumas notas)” *op. cit.*, pp. 87 e 88.).

¹⁸⁶ A título de exemplo, ao contrário do disposto nos artigos 459.º e 513.º do CPC relativo à prestação de juramento exigida pelo tribunal a uma testemunha que preste depoimento, não parece que um árbitro tenha um poder semelhante. Isto é, considero que numa demanda arbitral um árbitro não poderá exigir a uma testemunha para que a mesma preste juramento aquando do seu depoimento – em especial, porque a infração do juramento não teria as mesmas consequências penais –, acompanhando o entendimento de RUI PINTO DUARTE.

¹⁸⁷ GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 209.

¹⁸⁸ Cfr. artigo 42.º, n.º 7 da LAV.

¹⁸⁹ Na doutrina e na jurisprudência fala-se aqui de uma *competência concorrente*. Vide, a este respeito, MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO, SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, pp. 341 e ss., CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *op. cit.*, p. 260 e NUNES, PEDRO CAETANO – “Arbitragem e Medida Cautelares – Algumas Notas” in *VI Congresso de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, 2013, p. 99.

¹⁹⁰ Abrindo, assim, uma exceção ao efeito negativo da convenção de arbitragem. Vide, a este respeito, DÁRIO MOURA (coord.) – *op. cit.*, p. 41.

¹⁹¹ Cfr. artigos 7.º e 29.º da LAV. Estes artigos da LAV são semelhantes a outros ordenamentos jurídicos que se encontram uniformizados pelo artigo 9.º da Lei Modelo da UNCITRAL.

de arbitragem o requerimento para decretamento de providência cautelar apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante um processo arbitral, nem o decretamento de tal providência por aquele tribunal. E há vários motivos: por um lado, o facto de, por vezes, a constituição de um tribunal arbitral ser lenta e morosa e não se compadecer com a natureza urgente de um procedimento cautelar¹⁹²; por outro lado, tratar-se de um tribunal arbitral *ad hoc*¹⁹³ que, por escolha das partes, não tem competência em matéria cautelar. Ora, com o referido, fica claro que a LAV consagra uma competência concorrente¹⁹⁴ entre os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais e não uma competência subsidiária¹⁹⁵ – sendo certo que haverá exceções à competência concorrente como o facto de as partes definirem que o tribunal arbitral não terá competência cautelar¹⁹⁶. Mas também dúvidas e incertezas existem sobre esta matéria¹⁹⁷.

O ponto de partida para a resposta em relação às medidas cautelares decretadas por um tribunal arbitral tem que ver, e antes de mais, com aquilo que terá sido previsto pelas partes a este respeito. Assim, e de resto como no que à arbitragem diz respeito, (em Portugal) é importante analisar a convenção arbitral em causa¹⁹⁸ e atender ao que as partes possam ter acordado – por exemplo poderão não ser admitidas ordens preliminares se as partes assim o tiverem acordado¹⁹⁹. Dito isto, a LAV define no seu artigo 20.º, n.º 2 as providências

¹⁹² Com este motivo, o legislador pretendeu não entorpecer o disposto no artigo 20.º da CRP. Porém, e ainda que exista uma *competência concorrente*, alguns centros de arbitragem criaram a figura do árbitro de emergência que pode atuar antes da constituição do tribunal arbitral e, por isso, decretar providências cautelares. *Vide*, por exemplo, o artigo 5.º do Regulamento de Arbitragem do CAC e artigo 29.º do Regulamento de Arbitragem da CCI.

¹⁹³ As arbitragens *ad hoc* permitem que as partes escolham (todas) as regras processuais para os árbitros conduzirem a arbitragem. Neste sentido, as arbitragens *ad hoc* são “(...) *um mecanismo de arbitragem estabelecido especificamente para aquele litígio específico. Não existe qualquer instituição por detrás disso; são simplesmente as partes e os árbitros e o secretário que assiste os árbitros*” (cfr. MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *Introdução à Arbitragem*, Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa, Ano letivo 2018/2019, p. 7).

¹⁹⁴ Isto é, “*que concorre*”. *Vide* “concorrente” in *Priberam Dicionário*. <https://dicionario.priberam.org/concorrente> [consultado em 20/04/2023].

¹⁹⁵ Isto é, “*Que tem menos importância. = acessório, secundário ≠ essencial*”. *Vide* “subsidiário” in *Priberam Dicionário*. <https://dicionario.priberam.org/subsidiário> [consultado em 20/04/2023].

¹⁹⁶ Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *op. cit.*, p. 260. Em sentido oposto, OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE – *op. cit.*, pp. 281 e 282.

¹⁹⁷ O tribunal arbitral que decreta a medida cautelar é o mesmo que decide a final, mas esta solução é contrária ao que sucede nos tribunais judiciais. Posto isto, uma das dúvidas que se coloca é se se devem adotar regras no seio arbitral semelhantes ao Direito Processual Civil. A verdade é que há uma antecipação da decisão de fundo porque é a decisão cautelar é proferida exatamente pelas mesmas pessoas que vão decidir a final.

¹⁹⁸ Ou o regulamento de arbitragem para o qual as partes tenham remetido – no caso de se tratar de uma arbitragem institucionalizada.

¹⁹⁹ Cfr. artigo 22.º, n.º 2 da LAV.

cautelares²⁰⁰, enunciando os quatro fins segundo os quais as medidas cautelares podem prosseguir. Nos artigos 22.º e 23.º, a LAV introduziu, ainda que sem definição, as ordens preliminares²⁰¹ – que não são permitidas requerer sem que seja requerida uma providência cautelar e que servem justamente para garantir que a providência cautelar é útil, obtendo o seu efeito²⁰². Porém, a grande diferença entre as ordens preliminares e as medidas cautelares é de que as ordens preliminares não são passíveis de execução coerciva por um tribunal estadual²⁰³. Relacionado com este tema, há ainda a questão das chamadas *anti-suit injunctions*, que é o mesmo que dizer *proibição de atuação judicial*, que analisarei brevemente adiante.

Como já referido, as providências previstas na LAV estão relacionadas com quatro fins: (i) conservar uma situação existente, (ii) assegurar a estabilidade do processo arbitral, (iii) garantir a execução da sentença arbitral e (iv) preservar prova. Sobre as primeiras, trata-se “(...) *de manter o status quo até ao proferimento da decisão final*”^{204 205} e, também, têm como escopo uma função antecipatória. Em relação às segundas, poderão estar aqui em causa as *anti-suit injunctions* já referidas que, no fundo, proíbem uma parte de iniciar um processo judicial sobre o objeto abrangido pela convenção de arbitragem²⁰⁶. Sobre as terceiras, estão em causa providências que impeçam a retirada de bens do território nacional ou o depósito de bens alvo de demanda arbitral junto de um terceiro. Por fim, o último caso encontra-se relacionado com a preservação de prova, traduzindo-se na produção antecipada de prova²⁰⁷.

Ademais, os critérios a que se deve atender para o decretamento de medidas cautelares por um tribunal arbitral são, e seguindo o ensinamento de MANUEL BARROCAS, verificar se “(...)

²⁰⁰ Que, da análise do artigo 20.º, n.º 2 da LAV, parecem ter um regime diferente das medidas cautelares previstas no CPC, em especial, porque não é consagrada uma separação entre o processo cautelar comum e os processos cautelares especificados (cfr. artigos 377.º e *ss.* do CPC).

²⁰¹ A figura das ordens preliminares foi introduzida pela Lei Modelo da UNCITRAL. As ordens preliminares são proferidas sem audiência prévia da parte contrária, são requeridas ao mesmo tempo que as providências cautelares e visam evitar que seja frustrada a finalidade da providência cautelar.

²⁰² Por ter de garantir o efeito da medida cautelar, a ordem preliminar apenas pode ter exatamente o mesmo âmbito da providência cautelar, isto é, delimitado pela enumeração taxativa do artigo 20.º, n.º 2 da LAV.

²⁰³ Cfr. artigo 23.º, n.º 5 da LAV.

²⁰⁴ Cfr. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 214.

²⁰⁵ Por exemplo, a intimação a uma das partes para que se abstenha de determinada conduta, como a suspensão da execução do contrato.

²⁰⁶ Sobre este tema, *vide* o importante Acórdão do Tribunal de Justiça de 2015 sobre o caso *Gazprom OAO vs. Lietuvos Respublika*.

²⁰⁷ Nas palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “(...) *para que um meio de prova seja considerado relevante (relevant) tem de estar relacionado com a disputa e para que seja importante (material) tem de ter valor enquanto meio de prova*”. Cfr. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, p. 218.

existe probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão (bonus fumus juris); o prejuízo que possa resultar para o requerido com o decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que o requerente pode sofrer e com a providência cautelar pretende evitar (princípio da razoabilidade e da proporcionalidade)”²⁰⁸. Acresce que, no caso de ser decretada uma medida cautelar por um árbitro que não seja voluntariamente cumprida pela contraparte, o requerente terá a hipótese de solicitar a um tribunal estadual a sua execução coerciva²⁰⁹.

Por fim, acrescentar de que não são suscetíveis de recurso para um tribunal estadual as medidas cautelares ou as ordens preliminares decretadas ou emitidas por um tribunal arbitral²¹⁰, atento o disposto no artigo 27.º, n.º 4 da LAV.

4.2 Posição adotada

Depois da incursão sobre o regime geral das medidas (e ordens) cautelares, cabe tomar posição, em especial, sobre a possibilidade da extensão de medidas cautelares a terceiros não signatários da convenção arbitral no âmbito da prática internacional, mas, em especial, em Portugal. E o problema tem que ver com vários fatores. Vejamos.

Em primeiro lugar, e como amplamente antecipado, a arbitragem é contratual na sua origem. Esse é o motivo pelo qual, à partida, só poderá ser parte numa demanda arbitral as partes que subscreveram a referida convenção. Mas vários são os casos em que existe não só uma *extensão processual* a terceiros²¹¹, como também uma *extensão material* a terceiros²¹². Com efeito, podem não signatários de convenção arbitral ficar vinculados às decisões que venham a ser proferidas pelos tribunais arbitrais.

Em segundo lugar, um tribunal arbitral não tem as mesmas possibilidades de fazer intervir terceiros num processo arbitral (do que um tribunal estadual). Ademais, um tribunal arbitral também não tem as mesmas possibilidades de garantir a efetiva execução de medidas cautelares. E isto porque, o “(...) *tribunal arbitral* (...) *está desprovido de "jus imperii" (...)*”²¹³;

²⁰⁸ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 248.

²⁰⁹ Cfr. artigo 27.º, n.º 1 da LAV. Porém, a execução coerciva pelo tribunal estadual pode ser recusada se estiver em causa algum dos fundamentos previstos nas subalíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 28.º da LAV.

²¹⁰ Cfr. artigos 27.º, n.º 4 e 23.º, n.º 5 da LAV.

²¹¹ Por exemplo, com a intervenção de terceiros regulada no artigo 36.º da LAV.

²¹² Por exemplo, com a extensão dos efeitos da convenção arbitral a sociedades comerciais não signatárias.

²¹³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/10/2012.

por outras palavras, falta-lhe o *poder* associado ao órgão de soberania uma vez que os tribunais arbitrais, ainda que desempenhem a função jurisdicional, não são um órgão de soberania²¹⁴.

Em terceiro lugar, e como visto no capítulo anterior, a verdade é que os tribunais arbitrais gozam de poderes cautelares ao abrigo do regime da LAV. E, ademais, existe uma *competência concorrente* entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais para o decretamento de medidas cautelares.

Deste modo, a pergunta que se coloca é saber qual deverá ser a solução num caso em que se pretende saber se um tribunal arbitral poderá estender o decretamento de uma medida cautelar a um terceiro. Pense-se no seguinte exemplo: o Estado *A* pretende dinamizar, ao abrigo das suas incumbências e políticas públicas, a sua rede de escolas públicas para garantir o acesso à educação e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de uma educação primária. Para tal, cria o *trust X* de modo a prosseguir este objetivo. Por sua vez, o *trust X* contrata com vários empreiteiros a celebração de contratos para construção de várias escolas – entre eles, o empreiteiro *B* – em que, nos vários contratos de empreitada, estão apostas convenções arbitrais. Posteriormente, verifica-se um incumprimento contratual do *trust X* perante o empreiteiro *B* porquanto existe a falta de pagamentos do preço devido pelo *trust X*. Ora, sendo o *trust X* criado com o propósito da celebração de contratos de empreitada com vários empreiteiros, foi dotado, pelo Estado *A*, de fundos suficientes para o pagamento das suas obrigações que decorrem dos contratos celebrados. O empreiteiro *B* pretende avançar com uma demanda arbitral contra o *trust X* a título de responsabilidade contratual. Porém, com a celebração dos vários contratos e pagamento do respetivo preço, o empreiteiro *B* sabe que o *trust X* não tem, no momento, bens suficientes que permitam o pagamento de uma indemnização no caso de sucesso do seu direito indemnizatório. A questão que se coloca é saber se o empreiteiro *B*, que pretende intentar um arresto contra o *trust X* uma vez que tem receio que o *trust X* deixe de ter bens disponíveis que permitam o pagamento de uma (eventual) indemnização por responsabilidade civil, pode demandar também o Estado *A* por ter criado o referido *trust X*. *Quid iuris?*

Antes de delinear uma resposta, e sobre a possibilidade do decretamento do arresto pelo tribunal arbitral, partirei do princípio de que o tribunal arbitral tem competência²¹⁵. Além do mais, não se considerará, apenas para efeitos expositivos, que poderão ser chamados ao mesmo processo arbitral os outros empreiteiros com quem o *trust X* celebrou contratos de empreitada. Aqui chegados, a resposta encontra-se, na linha do que venho defendendo até agora, relacionada

²¹⁴ Ao invés de um tribunal estadual.

²¹⁵ Cfr. notas de rodapé n.º 16 e 17 da presente dissertação.

com os factos concretos e com a compreensão de toda a relação contratual que envolve a convenção arbitral em causa. Por outras palavras, é necessário que se analise a *conexão* entre a parte que assinou a convenção arbitral e a parte que não se vinculou mas que demonstrou a sua adesão, implícita ou tácita, à convenção de arbitragem firmada. Para que fique claro, a possibilidade de demandar um terceiro não signatário de convenção arbitral numa providência cautelar dependerá sempre da análise detalhada de todos os factos e circunstâncias do envolvimento do referido terceiro no processo contratual – isto é, que o terceiro²¹⁶ tenha estado envolvido na negociação, celebração ou execução contratual e que justifique a sua chamada à demanda arbitral, pois que criou uma expectativa na contraparte – que deve ser tutelada –, derogando a base *contratual* da arbitragem. Assim, a *conexão* é o elemento chave²¹⁷.

Contudo, e como vimos, por exemplo em Portugal, a LAV permite que se requeira ao tribunal arbitral ou a um tribunal judicial o decretamento de uma providência cautelar. Entendo que uma providência cautelar de um terceiro não signatário de convenção arbitral deverá, de modo que seja efetivamente acatada e cumprida^{218 219} pelo terceiro, ser requerida num tribunal estadual, uma vez que pode o requerente escolher a jurisdição da sua providência cautelar. Desta forma, acompanho na íntegra MANUEL PEREIRA BARROCAS, uma vez que “A *providência cautelar estadual arbitral não vincula terceiros, razão por que também neste caso deve ser requerida uma medida cautelar estadual*”²²⁰, garantindo a eficácia da medida cautelar.

5. Outras temáticas das arbitragens complexas

5.1 A apensação de processos arbitrais (*consolidation of arbitral proceedings*)

Este é um de dois temas sobre o qual pretendo referir apenas notas adicionais – porquanto se encontram relacionados com a intervenção de terceiros na demanda arbitral e, de forma indireta, relacionado com a presente dissertação.

²¹⁶ Seja ele um Estado, uma sociedade-mãe, etc..

²¹⁷ “1. Estado de coisas ligadas. 2. Enlace ou vínculo entre pessoas ou entidades.” Vide “conexão” in *Priberam Dicionário*. <https://dicionario.priberam.org/conex%C3%A3o> [consultado em 25/06/2023].

²¹⁸ Pense-se, por exemplo no caso de embargo de obra nova.

²¹⁹ Os árbitros não têm poderes de autoridade pública que possa motivar desobediência qualificada, uma vez que a medida cautelar arbitral não tem garantia penal ao contrário da medida cautelar estadual (cfr. artigo 375.º CPC).

²²⁰ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 245.

No fundo, a apensação traduz-se na possibilidade de cumular num único processo diversas pretensões que isoladamente poderiam dar lugar a várias demandas arbitrais²²¹. Quer a LAV, quer a Lei Modelo da UNCITRAL, não regulam o tema da apensação de processos arbitrais – como noutros ordenamentos em que se faz depender esta possibilidade da efetiva vontade das partes²²². Não havendo regulação, se se tratar de uma arbitragem *ad hoc*, a apensação apenas será possível com o acordo das partes e dos árbitros. Se se tratar de uma arbitragem institucionalizada, a apensação será possível se a apensação estiver prevista no regulamento de arbitragem. Caso assim não seja, considero que a apensação não é possível, entendimento que se deve estender quer a Portugal quer à prática arbitral internacional.

Relativamente a arbitragens institucionalizadas, e a título de exemplo, o artigo 25.º do Regulamento de Arbitragem da CAC prevê literalmente a *apensação de processos*, exigindo que, para que se verifique a referida apensação, é necessário que (i) haja identidade de partes, (ii) se verifiquem os requisitos da intervenção de terceiros²²³. Também o Regulamento de Arbitragem da CCI prevê a *consolidação de processos*²²⁴ quando verificados um dos seguintes requisitos (i) as partes tenham concordado com a consolidação; (ii) todos os pedidos nas arbitragens sejam formuladas com base na(s) mesma(s) convenção(ões) de arbitragem e (iii) as demandas nas arbitragens não sejam formuladas com base na(s) mesma(s) convenção(ões) de arbitragem mas as arbitragens envolvam as mesmas partes, as disputas nas arbitragens estejam relacionadas com a mesma relação jurídica e o Centro de Arbitragem entenda que as convenções de arbitragem são compatíveis. De resto, na segunda hipótese, prevê-se mesmo a apensação de arbitragens com partes diferentes, quando baseadas nas mesmas convenções de arbitragem.

Apesar de alguns dos regulamentos de arbitragem permitirem a apensação, a verdade é que “(...) a apensação de processos altera o objecto da arbitragem e logo o encargo do árbitro, com consequências importantes, na duração do processo, na remuneração do árbitro e na eficácia geral do processo arbitral.”²²⁵ e, sobretudo, apenas será admissível havendo acordo das partes pois, caso contrário, entendo que o tribunal arbitral não teria de *aceitar* a apensação de processos arbitrais.

²²¹ Sobre este tema, *vide* GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *op. cit.*, pp. 276 a 278 e MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, pp. 335 a 340.

²²² A Holanda admite a apensação, mesmo contra a vontade das partes.

²²³ Cfr. artigo 25.º do Regulamento do Regulamento de Arbitragem do CAC.

²²⁴ Cfr. artigo 10.º do Regulamento do Regulamento de Arbitragem CCI.

²²⁵ Cfr. BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *op. cit.*, p. 411.

5.2 As ações arbitrais coletivas (*class action arbitration*)

Por fim, o tema das arbitragens complexas e da pluralidade de partes não poderia ficar concluído sem uma breve referência às ações arbitrais coletivas^{226 227} – ainda que visto como um tipo de litigância, ou figura processual, própria dos Estados Unidos da América (e da *Common Law*). No fundo, esta figura processual está relacionada com a abertura da jurisdição arbitral à comunidade dos cidadãos para que, juntos, possam prosseguir o objetivo de defesa do bem comum^{228 229}. As *class arbitrations* ganharam relevo, na prática internacional, em 2003 com o caso *Green Tree Financial Corp. vs. Bazzle*²³⁰, que fez disparar nos EUA o número de *class arbitrations*²³¹. Mas não foi o único motivo. Como anteriormente referido, o pilar base da arbitragem é a sua origem contratual sendo que todas as regras aplicáveis a uma demanda arbitral têm que estar previstas pelas partes ou pelo regulamento de arbitragem – tratando-se de arbitragens institucionalizadas. Sucede que, nos EUA, os mais conhecidos centros de arbitragem²³² aprovaram regras²³³ que permitiram, e permitem, o desenvolvimento deste tipo de litigância.

Porém, este é um tema que, para muitos autores, não tem acolhimento no seio arbitral português – revelando grandes incompatibilidades. Por um lado e como referido, a origem contratual da arbitragem impede que, estando em causa *class arbitrations*, se permita que os interessados fiquem abrangidos automaticamente por uma convenção arbitral e, conseqüente, pela demanda arbitral intentada por um autor²³⁴. Como vimos até agora, vários são os casos em que para que um terceiro intervenha numa demanda arbitral preste o seu consentimento pelo que, no meu entendimento, seria sempre necessário o consentimento do(s) interessado(s) – vigorando assim, um sistema de *opt-in* e não de *opt-out*. Por outro lado, ao ser notificado um terceiro de uma demanda arbitral em que possa ter interesse em participar, à partida, a

²²⁶ Sobre este tema, *vide* MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *op. cit.*, pp. 329 a 335 e HANOTIAU, BERNARD – *op. cit.*, pp. 257 a 279.

²²⁷ Também designadas de *class action arbitration* ou *classwide arbitration*.

²²⁸ Por exemplo, no campo do ambiente, da saúde, do bem-estar, entre outros.

²²⁹ Sobre a *defesa do bem comum* e ações populares cíveis faz-se referência à Lei n.º 23/2018, de 5 de junho que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2014/104/UE, relativa às ações de indemnização por infração do direito da concorrência. Em causa está um regime híbrido que persegue a tutela de interesses gerais e de interesses individuais homogêneos. A este respeito *vide* SILVA, PAULA COSTA E REIS, NUNO TRIGO DOS – *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, 2022.

²³⁰ Cfr. decisão de 23/06/2003 proferido pelo *Supreme Court* dos EUA.

²³¹ A título de exemplo, veja-se também o caso *AT&T Mobility LLC vs. Concepcion*.

²³² Por exemplo, a AAA e o *Judicial Arbitration and Mediation Services*.

²³³ Por exemplo, as *JAMS Class Actions Procedures* do *Judicial Arbitration and Mediation Services*.

²³⁴ Este é o regime que figura na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, conhecida como Lei de Ação Popular.

confidencialidade do processo arbitral perder-se-á, valor fundamental da arbitragem. Desta forma, não é claro que as *class arbitrations* sejam um tema simples e evidente, pelo menos em Portugal.

Com efeito, as *class arbitrations* são um tema que levanta questões complexas que se parecem incompatibilizar com a arbitragem (pelo menos, nacional). Mas o que nestas demandas arbitrais está em causa é a tutela de interesses difusos de toda a comunidade, o que é verdadeiramente relevante. Considero que no futuro, poderá ser possível estar previsto um sistema de *class arbitration* em Portugal (e na Europa) se se adotar um sistema de *opt-in*. Isto é, a previsão de *class arbitrations* está, no meu entendimento, dependente da manifestação de vontade dos terceiros interessados para a inclusão no grupo do *autor* na demanda arbitral, transformando-se, assim, numa ação coletiva. A verdade é que, de *jure condito*, a entrada em vigor da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho permite a impressão de um novo dinamismo à litigância (estadual) em Portugal que, até agora, era pouco utilizada. De resto, porque se permite que todas as entidades prejudicadas por uma infração ao regime do Direito da Concorrência tenham, de acordo com a referida Lei n.º 23/2018, legitimidade processual para exigir uma compensação por danos sofridos. Sucede que, de acordo com o artigo 19.^o²³⁵ da Lei n.º 23/2018, as ações populares²³⁶ podem também ser utilizadas²³⁷ para a tutela de interesses difusos; isto é, as associações e fundações de defesa do consumidor²³⁸ e as associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração do Direito da Concorrência em causa, têm o direito²³⁹ de intentar uma ação popular para proteger os interesses que possam ter sido prejudicados por uma suposta violação²⁴⁰. Se, com o decorrer do tempo e com o aprofundar do regime previsto na Lei n.º 23/2018 houver lugar a crescentes litigâncias relacionadas com os *interesses difusos*²⁴¹, poderá surgir, em Portugal, como meio de tornar mais céleres e eficazes este tipo de processos, a instituição de arbitragem necessária para estes casos – conforme aconteceu com a

²³⁵ “ 1 – Podem ser intentadas ações de indemnização por infração ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na sua redação atual, sendo-lhes ainda aplicável o disposto nos números seguintes.”

²³⁶ Cfr. Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.

²³⁷ Vide, a este respeito, SILVA, PAULA COSTA E e REIS, NUNO TRIGO DOS – *op. cit.*, pp. 7 a 69.

²³⁸ Atualmente, existe um conjunto amplo deste tipo de associações. Por exemplo, a *Associação Ius Omnibus* e a *Citizen’s Voice - Consumer Advocacy Association* são associações sem fins lucrativos com o objetivo de defender os consumidores da União Europeia.

²³⁹ Cfr. artigo 19.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2018.

²⁴⁰ A ação popular é uma característica específica da transposição portuguesa e reforça a proteção dos consumidores, considerando que aquela configura um sistema de *opt-out*.

²⁴¹ No meu entendimento, o facto de a Lei n.º 23/2018 prever o mecanismo da ação popular como meio de defesa dos interesses dos consumidores pode ser uma forma relevante de implementação da referida lei.

Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, relativamente à invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos genéricos. E isto porque considero que, em primeiro lugar, as ações populares se encontram num momento de viragem²⁴², em segundo lugar, porque com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2018, as novas regras relativamente a ações populares permitem o financiamento de contencioso por terceiros em ações populares em Portugal²⁴³ e, em terceiro lugar porque se tem “(...) *verificado recentemente um drástico aumento do número e complexidade das ações populares de indemnização de danos em massa*”²⁴⁴, – o que, no meu entendimento, poderá levar a uma proliferação de litígios junto dos tribunais judiciais e à consequente acumulação de inúmero processos judiciais²⁴⁵, levando a um desencorajamento ou retardamento da defesa do *bem comum* nos tribunais estaduais. Porém, para que se harmonize o regime arbitral e de modo a que não se ponha em causa a confidencialidade do processo arbitral, entendo que as *class arbitrations* apenas deveriam ser possíveis nos casos em que as partes²⁴⁶ previssem expressamente a não confidencialidade da demanda arbitral. Caso contrário, não seria possível recorrer às *class arbitrations*.

Em suma, apesar de hoje em dia não existir um regime de *class arbitrations* em Portugal, não excluo a possibilidade de as *class arbitrations* serem admitidas no futuro, dependendo da posição que o legislador tomar porquanto será necessária uma harmonização de regimes.

²⁴² “De acordo com as estatísticas oficiais Ministério da Justiça, de 2007 a 2020 houve uma média de 37 ações populares civis por anos” in FERRO, MIGUEL SOUSA– “Ações populares cíveis em Portugal” in *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 436 e 437.

²⁴³ O que permite que ações populares dispendiosas sejam intentadas porquanto não dependem (apenas) dos recursos disponíveis dos consumidores individuais ou das associações de defesa dos consumidores.

²⁴⁴ Cfr. FERRO, MIGUEL SOUSA– *op. cit.*, p. 446.

²⁴⁵ Situação que se assemelha provável pois que, na verdade e como refere MIGUEL SOUSA FERRO em relação a casos de Direito da Concorrência, “As ações populares perante o TCRS têm progredido a um ritmo muito superior ao das ações populares perante tribunais generalistas” (cfr. FERRO, MIGUEL SOUSA– *op. cit.*, p. 442).

²⁴⁶ Ou o regulamento de arbitragem, tratando-se de arbitragens institucionalizadas. Por exemplo, há ações pendentes nos tribunais portugueses com acordos de financiamento subjacentes em que são financiadores a Mastercard (*Ius Omnibus vs. Mastercard*), a Daimler/Mercedes-Benz (*Ius Omnibus vs. Mercedes-Benz AG et al*) e a Super Bock (*Ius Omnibus vs. Super Bock*).

6. Conclusão

Após a incursão pelas principais questões das arbitragens complexas, quer no plano da prática internacional, quer no plano português, constata-se que a discussão relativa às referidas arbitragens está longe de estar acabada – inclusive com o aparecimento de temas novos, como a possível arbitragem necessária para as ações populares de *private enforcement* em virtude da proliferação recente deste tipo de litígios junto dos tribunais judiciais. Por outras palavras, e apesar de as arbitragens complexas terem começado a ser analisadas nos anos noventa do século passado, não são um tema considerado consolidado no seio arbitral.

Em suma, as arbitragens complexas são *constituídas*, por um lado, pelas arbitragens multipartes em que existe um contrato com múltiplas partes, onde estão identificadas quem são as partes da convenção arbitral e em que cada parte (versando a presente dissertação sobre arbitragens comerciais, estão aqui em causa tendencialmente sociedades comerciais) tem a sua autonomia jurídica. Por outro lado, as arbitragens complexas são também *constituídas* pelas arbitragens multicontratos em que se verificam contratos múltiplos não ligados pela mesma convenção de arbitragem celebrados (tendencialmente, mas não necessariamente) pelas mesmas partes e que podem conter uma relação horizontal (em que uma parte assina diferentes contratos com várias partes) e uma relação vertical (em que existe uma execução descendente de convenções conexas).

Sem prejuízo do caminho realizado pelas arbitragens multipartes e pelas arbitragens multicontratos na presente dissertação, o principal tema que me propus abordar foi a pluralidade de partes na arbitragem – em especial, quando uma parte, um terceiro, não se vinculou a uma convenção de arbitragem, mas, por algum motivo, está envolvido numa demanda arbitral. Apesar de ser verdade que o tema da pluralidade de partes pode ser visto de um ponto de vista processual e/ou substantivo, para a presente dissertação, o alvo de estudo foi a matéria substantiva porquanto o objetivo a que me propus foi o de perceber de que modo uma entidade que não figura como parte de convenção arbitral se deve, ou se pode, considerar vinculada à convenção de arbitragem.

Esta análise encontra-se sobretudo relacionada com três vetores importantes da arbitragem. Em primeiro lugar, com a autonomia das partes e com a sua própria vinculação à convenção arbitral. Como já referido, a arbitragem é contratual na sua origem – sendo celebrada entre duas partes, produzindo efeitos *inter partes* pelo que este é o primeiro argumento a ter em consideração. Em segundo lugar, com uma mesma realidade económica indivisível. No campo do grupo de sociedades e de entidades (como o Estado) que criam outras entidades para

prosseguir os seus fins, por exemplo, os *trusts*, a verdade é que em muitos destes casos o que está verdadeiramente em causa é a mesma realidade económica indivisível. Isto é, apenas são criadas outras entidades para limitação ou dispersão do risco ou, até mesmo, porque de uma maneira prática, o contrário não seria possível. Por exemplo, não poderá o Estado, tendo em conta todas as suas atribuições, celebrar diretamente contratos com inúmeras e múltiplas entidades para prosseguir os seus objetivos – sendo mais fácil, e ágil, a criação de entidades que este supervisiona e orienta para levar a cabo as suas atribuições. Por fim, e em terceiro lugar, a autonomia jurídica de determinada entidade. Este é o vetor que conflui diretamente com a realidade económica indivisível de um determinado grupo, por exemplo, societário.

Ora, a verdade é que a questão de se uma convenção de arbitragem pode ou não ser estendida a terceiros não signatários tem como resposta a análise de cada caso para que, sobretudo, se faça prevalecer a realidade factual sobre a realidade jurídico-formal –, em especial para evitar situações de fraude, de abuso de direito ou aproveitamento abusivo do direito societário. Para tal, não se deverá, como princípio, passar por cima da realidade jurídico-formal, mas sim analisar, compreender e responder concretamente a determinado caso porquanto o formalismo não deve ser um princípio absoluto.

Também em relação ao segundo tema que aqui ocupou algum tempo de pensamento – a extensão da aplicabilidade da medida cautelar a um terceiro não signatário de convenção arbitral – a solução proposta passa pela análise da dimensão factual pois que serão os detalhes como a negociação e a execução do contrato onde esteja aposta a convenção arbitral que poderão justificar a extensão da referida convenção. O tema é complexo por dois motivos. Por um lado, e como nos restantes casos, porque a medida cautelar é decretada contra uma entidade que não está vinculada a uma convenção arbitral, violador dos mais graves princípios e valores jurídicos como a segurança jurídica. Por outro lado, porque, como ficou explanado, há sistemas jurídicos, como o português, que permitem que se requeira ou a um tribunal arbitral ou a um tribunal judicial o decretamento de uma providência cautelar. Na minha opinião, e não tendo o tema da extensão e a aplicabilidade da medida cautelar a um terceiro não signatário de convenção arbitral uma resposta genérica, fará sentido que, para que se garanta a eficácia da medida cautelar, a referida medida cautelar seja requerida junto de um tribunal estadual porquanto goza e é promovido de *ius imperii*, suprimindo a principal dificuldade de um tribunal arbitral: a sua origem (e limitação) contratual.

Considero que a falta de resposta legais para o tema da extensão da convenção arbitral a um terceiro se encontra relacionada com o facto de a solução do problema estar relacionada com a dimensão factual que impede a criação de soluções gerais e abrangentes que possam ter

aplicação a vários casos. Na presente dissertação, do que se trata é apenas de uma tentativa de proposta de solução que é necessariamente dependente de cada caso concreto, tendo por base alguns indícios. Isto porque, e em particular, a análise da situação factual deve ter sempre por base a negociação, celebração e execução de um terceiro que não se vinculou a convenção arbitral. Porém, este vetor tem sempre de ser analisado, e *decidido*, pelos árbitros porquanto a extensão da convenção arbitral a um terceiro não signatário derroga a máxima de que apenas quem se vinculou a uma convenção de arbitragem poderá ter os seus litígios resolvidos num processo arbitral, estando, uma vez mais em causa a natureza contratual da arbitragem.

Por fim, duas notas adicionais relacionadas com a *entrada* de terceiros numa demanda arbitral. Por um lado, e sobre a apensação, apesar de ainda que com algumas questões, a verdade é que está hoje refletida em vários regulamentos de arbitragem (inter)nacionais, não havendo grandes obstáculos à sua existência, salvaguardando, claro, o consentimento das partes. Por outro lado, relativamente às *class arbitrations*, ainda que não admissíveis hoje em dia em Portugal e na Europa, poderemos estar em caminho para um regime que se aproxime da arbitragem necessária instituída pela Lei n.º 62/2011, relativamente a interesses gerais e interesses individuais homogêneos fruto do regime introduzido pela Lei n.º 23/2018. Sobre este último ponto, na minha opinião, a solução passará necessariamente por se adotar um sistema de *opt-in*, dependente da manifestação de vontade dos terceiros interessados para a inclusão numa demanda arbitral, contrariamente a um sistema de automatização de *opt-out*, como o previsto na Lei da Ação Popular e na Lei n.º 23/2018. Porém, e para que tal fosse viável, à partida, seria necessário abdicar da confidencialidade do processo arbitral, de modo que pudessem ser efetuadas com toda a eficácia as notificações a terceiros.

Dito isto, e *no estado da arte* atual, devem as partes redobrar os cuidados aquando da redação de uma convenção arbitral prevendo, para que se evitem (quaisquer) dúvidas, tudo quanto diz respeito às arbitragens complexas.

7. Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE – “Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos” in *I Congressos do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008;
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO – *Curso de Direito Administrativo Vol. I*, 3.^a ed., Almedina, 2006;
- ANDRADE, HYNEIDA LIMA – *Decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019;
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES – *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.^a ed., Almedina, 2002;
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *Lei da Arbitragem Comentada*, 2.^a ed., Almedina, 2018;
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA – *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Almedina, 2013;
- BARROSO, JOANA MARINA PESSOA LOPES TORRADO – *A Intervenção dos Tribunais Estaduais no Processo Arbitral: o Decretamento e a Execução de Providências Cautelares*, Tese de Mestrado, UCP, 2011;
- BINDER, PETER – “International Commercial Arbitration and Conciliation” in *UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, 2010;
- BORGES, CARLA GONÇALVES e GALVÃO, RICARDO NETO – “A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários” in *Intervenções — 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” in *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, n.º 13, 2006;
- BORN, GARY B. – *International Commercial Arbitration, Vo. I: International Arbitration Agreements*, 2.^a ed., Wolters Kluwer, 2014;
- BREKOULAKIS, STRAVOS L. – *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010;
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA – “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares” in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2008;
- CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO – “Da Condução do Processo Arbitral” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, Tomo II-III, 2013;

- CARVALHO, JORGE MORAIS e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – “Arbitragens Complexas: questões materiais e processuais” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4, APA, 2011;
- COELHO, DIOGO – “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada aos Covenants na responsabilidade dos Credores-Financiadores?” in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, n.º 3/4, Almedina, 2015;
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, 2014;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.) – *Arbitragem Comercial Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2019;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coord.) – *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.ª ed., Almedina, 2020;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Direito das Sociedades I, Parte Geral*, 5.ª ed., Almedina, 2022;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Tratado da Arbitragem Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015;
- FARIA, RITA LYNCE DE FARIA – *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, 2003;
- FERRO, MIGUEL SOUSA– “Ações populares cíveis em Portugal” in *Revista de Direito Comercial*, 2022;
- FREITAS, JOSÉ LEBRE – *A Ação Declarativa Comum – À luz do Código de Processo Civil de 2013*, Gestlegal, 2017;
- FREITAS, JOSÉ LEBRE – “Intervenção de Terceiros (signatários e não signatários da convenção)” in *Intervenções — III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010;
- FONTES, TITO ARANTES e CASANOVA, NUNO SALAZAR – “O Equitable Estoppel e a Arbitragem Imposta por Terceiros não signatários” in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015;
- GONÇALVES, PEDRO COSTA – *Manual de Direito Administrativo Vol I*, Almedina, 2019;
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014;

- HANOTIAU, BERNARD – *Complex Arbitrations Multiparty, Multi Contract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005;
- HANOTIAU, BERNARD – “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts—Parties—Issues An Analysis” in *Journal of International Arbitration*, v. 18, n.º 3, Kluwer Law International, 2001;
- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO – “A Extensão da Convenção de Arbitragem no Quadro dos Grupos de Empresas e da Assunção de Dívidas: Um Vislumbre de Conectividade?” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ROA I, 2014;
- JÚDICE, JOSÉ MIGUEL – “As Providências Cautelares e a Arbitragem: em que estamos?” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011;
- LOURO, JOÃO ALVES – *A Extensão dos efeitos de uma convenção arbitral a sociedades comerciais não signatárias*, Tese de Mestrado, UCP, 2018;
- MANTILLA SERRANO, FERNANDO – *Multiple parties and multiple contracts: divergent or comparable issues? Multiparty Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, v. 7, 2010;
- MARTINS, SOFIA – “Ainda a redação de cláusulas arbitrais. Cláusulas em contratos multipartes e em situações de contratos múltiplos” in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica, 2015;
- MARTINS, SOFIA – “Arbitragens Complexas: um comentário ao caso Dallah” in *V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Almedina, 2012;
- MAYER, PIERRE. “The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories-The Irreconcilable Positions of French and English Courts” in *American University International Law Review* 27, n.º. 4, 2012;
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO – “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (algumas notas)” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 2, 2009;
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *Introdução à Arbitragem*, Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa, Ano letivo 2018/2019;
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO – *Introdução às Práticas Arbitrais*, (disponibilizado pelo Autor), 2017;

- MENDES, JOÃO CASTRO e SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – *Manual de Processo Civil Vol. I e II*, Almedina, 2022;
- MIRANTE, DANIELA – *O Consentimento na Arbitragem e a Desigualdade Estrutural das Partes*, Almedina, 2021;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO; SILVA, ARTUR FLAMÍNIO e MIRANTE, DANIELA – *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – *Direito Comercial, Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, 2002;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO – *O Princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Almedina, 2002;
- MORAIS CARVALHO, JORGE, e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – “Convenção de Arbitragem em Contratos Múltiplos” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36;
- NUNES, PEDRO CAETANO – “Arbitragem e Medida Cautelares – Algumas Notas” in *VI Congresso de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Almedina, 2013;
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE – *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed., Almedina, 2016;
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE – *Manual de Grupos de Sociedades*, Almedina, 2016;
- OLIVEIRA, ELSA DIAS – *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2020;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE – *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014;
- PARK, WILLIAM W. – “Non-Signatories and International Contracts: Na Arbitrator’s Dillema” in *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009;
- PINTO, RUI – *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de Não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2009;
- POUURET, JEAN-FRANÇOIS e BESSON, SÉBASTIAN – *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, 2007;
- SCHEWEDT, KIRSTIN e GROTHAUS, JULIA – *When Does an Arbitration Agreement Have a Binding Effect on Non-Signatories? The Group of Companies Doctrine vs. Conflict of Law Rules and Public Policy*, Kluwer Arbitration, 2014;
- SALAVERRY, FERNANDO CANTUARIAS e DEVILLE, JOSÉ LUIS REPETTO – “Arbitraje y Múltiples Contratos” in *THEMIS-Revista de Derecho*, n.º 71, 2017;

- SILVA, MANUEL BOTELHO DA – “Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias” in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Vol. II, Almedina, 2002;
- SILVA, PAULA COSTA E – “A arbitrabilidade de medidas cautelares” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 63, 2003;
- SILVA, PAULA COSTA E e REIS, NUNO TRIGO DOS – *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, 2022;
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – “A Intervenção de Terceiros em processo arbitral” in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012;
- UNCITRAL – *The UNCITRAL Guide – Basics facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Nações Unidas, 2007;
- VICENTE, DÁRIO MOURA – *Da Arbitragem Comercial Internacional Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra Editora, 1990;
- VICENTE, DÁRIO MOURA (coord.) – *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed., Almedina, 2019;
- VOSER, NATHALIE – “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties”, in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series*, Vol. 14, ICCA & Kluwer Law International 2009.