

A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO QUADRO DOS GRUPOS DE EMPRESAS E DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDAS: UM VISLUMBRE DE CONECTIVIDADE?

Pelo Dr. Duarte Gorjão Henriques⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Os factos do caso e a apreciação jurídica preliminar. **III.** A lei aplicável à convenção de arbitragem. **IV.** O nível de exigência. **V.** As teorias do “grupo de empresas” e do “levantamento da personalidade jurídica”. **VI.** A transmissão de dívidas (assunção de dívidas). **VII.** Comentário final.

I. Introdução

1. Muito tem sido dito e escrito sobre a questão da intervenção de terceiros em processo arbitral, sobre arbitragens complexas e, mais precisamente, sobre o tema da extensão da convenção de arbitragem em relação a terceiros. No domínio da literatura internacional, Bernard Hanotiau escreveu tudo o que havia para escre-

⁽¹⁾ Advogado — <www.bch.pt>. Este artigo foi originariamente publicado em língua inglesa no *ASA Bulletin*, Volume 32, n.º 1, 2014, pp. 18 e seguintes.

ver sobre o tema e, em Portugal, outros fizeram o mesmo com respeito ao nosso sistema jurídico. Apesar de o tema estar de alguma forma doutrinariamente esgotado, é sempre possível aproveitar as ocasiões em que os nossos Tribunais se debruçaram sobre questões ligadas à intervenção de terceiros em processo arbitral e perceber até que ponto essas mesmas questões têm sido tratadas de forma consistente e adequada. Esse é precisamente o objectivo deste pequeno texto.

Fazendo uma pesquisa da jurisprudência nacional, não se consegue descortinar uma grande variedade de arestos dedicados ao tema e muito menos decisões com algum significado e interesse. Contudo, um caso chama a atenção.

Numa ação relativamente recente, tanto o Supremo Tribunal de Justiça como o Tribunal da Relação de Lisboa abordaram o tema da extensão a terceiros da convenção de arbitragem ao abrigo da teoria do “grupo de empresas” e da cessão de créditos⁽²⁾. Em ambos os arestos, o Tribunal da Relação de Lisboa (acórdão de 11 de Janeiro de 2011) e o Supremo Tribunal de Justiça (acórdão de 8 de Setembro de 2011)⁽³⁾ recusaram a extensão da convenção de arbitragem a uma terceira entidade que não havia intervindo na assinatura do contrato subjacente.

2. Este caso foi seguido com alguma atenção e interesse por algum sector da nossa doutrina uma vez que levantou várias questões ligadas ao direito da arbitragem, todas elas com grande relevância e enorme pertinência.

Desde logo, a validade e eficácia da cláusula compromissória era questionada pela circunstância de a mesma ter sido redigida de forma pouco clara e pouco rigorosa. Apesar disso, as várias instâncias superiores decidiram que não existia a falta de rigor e clareza necessária para considerar inválida ou ineficaz tal cláusula compromissória.

(2) O Supremo Tribunal de Justiça abordou o tema sob a perspectiva da “cessão de créditos” mas, na verdade, a situação em causa era a de uma verdadeira “transmissão de dívidas” ou de “assunção de dívidas”.

(3) Acessíveis em <www.dgsi.pt>.

Por outro lado, uma vez que a relação jurídica subjacente respeitava a um contrato de agência, quando confrontada com a exceção de preterição de tribunal arbitral que foi deduzida pelas rés, a autora contestou a arbitrabilidade do litígio, considerando que estavam em causa direitos de natureza indisponível. Com efeito, a autora havia peticionado o pagamento da indemnização de clientela que é devida ao agente em caso de cessação do contrato de agência. Como se sabe, tal compensação está prevista na lei com carácter *irrenunciável*⁽⁴⁾, o que pode levar à conclusão de que se trata de um direito de natureza *indisponível*. Ora, ao tempo em que surgiu o litígio, encontrava-se em vigor a antiga Lei de Arbitragem Voluntária (“LAV 86”), aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que no n.º 1 do art. 1.º previa a *disponibilidade* dos direitos em disputa como critério de arbitrabilidade dos litígios, nos seguintes termos: “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.” A autora, naturalmente, invocou a “indisponibilidade” do direito à indemnização de clientela como obstáculo à arbitrabilidade da pretensão. Contudo e neste ponto, o Tribunal da Relação de Lisboa não lhe reconheceu a razão.

Mas a questão principal — pelo menos, para os efeitos deste texto — está relacionada com a extensão de uma cláusula compromissória subscrita pela “sociedade mãe” a uma “sociedade filha” e também com a extensão de uma tal cláusula ao abrigo da teoria da transmissão de dívidas (ou de créditos, como o Supremo Tribunal de Justiça — mal, diga-se de passagem — a encarou).

⁽⁴⁾ Cf. arts. 32.º e 33.º do Decreto Lei n.º 178/86, de 3 de Junho, art. 809.º do Código Civil e Directiva 86/653/EEC do Conselho de 18 de Dezembro de 1986.

II. Os factos do caso e a apreciação jurídica preliminar

3. De acordo com a factualidade que se consegue descortinar através das alegações reproduzidas em ambos os acórdãos, o caso pode ser sumariado da seguinte forma.

A autora, Sociedade A (constituída em Portugal e tendo aqui a sua sede), na qualidade de agente, outorgou no ano de 2003 um contrato de agência com a 1.^a ré, Sociedade B (constituída no Reino da Dinamarca e com sede nesse país), esta última na qualidade de principal. Tal contrato foi modificado no ano de 2004 e continha uma cláusula compromissória nos termos da qual todos os litígios emergentes de tal relação jurídica deveriam ser dirimidos através do recurso a arbitragem, localizada em Copenhaga — Dinamarca, submetida à Lei de Arbitragem da Dinamarca.

A respectiva cláusula (Cláusula 37) tinha a seguinte redação:

“Resolução de Conflitos”

“Qualquer litígio emergente ou relacionado com o presente Acordo será resolvido sem o recurso aos tribunais de acordo com a Lei Dinamarquesa de Arbitragem, no Søg Handelsretten, Copenhaga, Dinamarca, sendo as sentenças do Tribunal Arbitral finais e vinculativas. O painel de arbitragem será constituído por três pessoas; uma designada por cada uma das partes e uma designada por comum acordo entre os dois árbitros. Se não for possível alcançar comum acordo para a designação do terceiro árbitro, então o Presidente do Søg Handelsretten designará um árbitro.

Os árbitros terão poder para decidir sobre a sua própria competência e sobre a validade do acordo a submeter à arbitragem.

Quaisquer litígios ou questões emergentes deste Contrato serão regidos pela Lei Nacional Dinamarquesa e sob jurisdição Dinamarquesa conforme acima determinado sem fazer referência às ou uso das regras relativamente à escolha da lei”⁽⁵⁾.

Entretanto, por carta, a Sociedade B havia instruído a Sociedade A para que todas as comissões resultantes do contrato de agência fossem “facturadas” à Sociedade C (2.^a ré e subsidiária

(⁵) Redacção reproduzida em ambos os arestos.

Portuguesa da Sociedade B), mais informando que seria esta Sociedade C quem passaria a pagar tais comissões à autora (Sociedade A). Durante um determinado período de tempo, tais comissões foram efectivamente “facturadas” à Sociedade C e esta última efectivamente pagou tais comissões à Sociedade A, agente naquela relação contratual.

No ano de 2006, a Sociedade B declarou à Sociedade C a cessação do contrato de agência⁽⁶⁾. A Sociedade A instaurou então ação judicial contra a Sociedade B, contra a Sociedade C e também contra a Sociedade D (neste último caso apenas para prevenir a improcedência do pedido contra a Sociedade B com fundamento na possível inexistência jurídica desta última sociedade), visando o recebimento de comissões e da indemnização de clientela.

Os réus contestaram conjuntamente e, entre outras questões, invocaram a excepção de preterição de tribunal arbitral com base na cláusula compromissória inserida no contrato de agência celebrado entre o principal e o agente. Para tanto, os réus alegaram, *inter alia*, que ambas as sociedades rés intervieram na execução do contrato de agência e que o agente havia aceite essa intervenção. Em consequência, os réus requereram que o Tribunal julgasse válida e eficaz a já referida convenção arbitral e que, consequentemente, fosse julgada procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral, absolvendo assim os réus da instância e remetendo as partes para a ação arbitral.

O Tribunal de primeira instância julgou procedente a dita excepção e remeteu as partes para a arbitragem sem contudo se pronunciar sobre as restantes questões.

A Sociedade A apelou para o Tribunal da Relação de Lisboa e iniciou o processo arbitral na Dinamarca contra a Sociedade B, Sociedade C e Sociedade D.

Apreciando o recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa manteve a decisão de primeira instância em relação às Sociedades B e

⁽⁶⁾ Embora os factos não sejam muito claros neste ponto, parece que a Sociedade B denunciou o contrato para o termo do respectivo prazo. Em qualquer dos casos, este parece ser um ponto irrelevante uma vez que a forma de cessação não prejudicava o direito à indemnização de clientela.

D mas anulou-a no que toca à Sociedade C. Esta última recorreu então para o Supremo Tribunal de Justiça, que manteve a decisão recorrida.

Como veremos, estas decisões são, no mínimo, inesperadas. Na verdade, sem considerar o destino dado à Sociedade D, que é absolutamente irrelevante para a questão aqui apreciada, delas resultou que a Sociedade B foi remetida para arbitragem, mantendo no entanto em “cena” a Sociedade C. A perplexidade que resulta destas decisões está relacionada com o facto de a carta que instruiu a Sociedade A para “facturar” as comissões à Sociedade C e para informar que seria esta a pagar àquela Sociedade A as mesmas comissões não foi suficiente para julgar válida e eficaz a convenção de arbitragem inserida no contrato de agência subjacente, mas foi suficiente para manter a ação judicial “viva” entre a Sociedade A e a Sociedade C (sociedade esta que, como se pode concluir facilmente, poucas ou nenhuma hipóteses tem de contestar com sucesso o fundo da causa uma vez que, segundo o que se decidiu, o seu papel se limitava ao pagamento das comissões).

Estas decisões, pode-se desde já concluir, implicam uma clara distorção no seu resultado. Mas vejamos, antes do mais, a fundamentação subjacente às mesmas.

4. Na sua decisão, o Tribunal da Relação de Lisboa começou por considerar que, de acordo com o princípio da relatividade dos efeitos jurídicos emergentes dos contratos, estes vinculam apenas as respectivas partes (art. 406.º do Código Civil), sendo assim “*res inter alio acta*” e não podendo consequentemente vincular terceiros. Assim, dado que a Sociedade C não havia intervindo no contrato de agência celebrado entre a Sociedade A e a Sociedade B, não podia resguardar-se na convenção de arbitragem ali prevista. Apesar do Tribunal da Relação não rejeitar, em termos abstractos, a tese da extensão da convenção de arbitragem a terceiros, salientou que tal apenas poderia suceder por força de uma transmissão de posição contratual sujeita a determinados requisitos de forma (tal como a assinatura do terceiro) que não ocorriam no caso concreto. No que toca à Sociedade D, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que nem sequer existia um simples indício do facto desta

sociedade ter outorgado o contrato de agência com a sociedade A e que, portanto, pudesse levar à conclusão de estar a ele vinculada.

No que toca à Sociedade C, a única evidência era a carta (já acima mencionada), de acordo com a qual a Sociedade B instruiu a Sociedade A para facturar as comissões à Sociedade C e para desta receber as ditas comissões. O Tribunal da Relação de Lisboa considerou ainda a expressão consignada na dita carta, segundo a qual o pagamento das comissões deveria ser feito “sem prejuízo do contrato acima mencionado.” O Tribunal da Relação baseou-se assim nesta carta para concluir que a intervenção da Sociedade C neste contrato de agência estava exclusivamente relacionada com o pagamento das comissões e nada mais. Por outro lado, o Tribunal da Relação também apreciou esta questão sob o prisma da teoria do “grupo de empresas”, tendo ponderado que as conclusões a que doutrina e jurisprudência internacionais têm alcançado neste tema não são unânimes, os pressupostos dela não actuam de forma automática e sobretudo requerem que a intervenção da terceira entidade em relação à qual se indaga sobre a extensão da convenção de arbitragem esteja de alguma forma ligada à negociação e execução do contrato e que todas as restantes partes tenham tido a intenção de incluir tal terceira entidade no âmbito do contrato celebrado. Por último, o Tribunal da Relação de Lisboa notou que a teoria do “grupo de empresas” não tem sustentação na jurisprudência nacional e que a mesma apenas seria relevante se discutida perante um tribunal arbitral.

De acordo com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, o simples facto de a Sociedade A estar legitimada a receber da Sociedade C o pagamento das comissões (e também o facto de a Sociedade C pertencer ao mesmo grupo de empresas da Sociedade B) não era suficiente para conceder a esta o benefício da extensão da cláusula compromissória. Mas era suficiente para manter a acção judicial contra a Sociedade C.

Consequentemente, foi assim sumariada a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

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.

- II — Não existe obstáculo a que as pretensões deduzidas sejam apreciadas pelo tribunal arbitral, quanto à sociedade que se vinculou à arbitragem, e pelo tribunal judicial, quanto a outra sociedade do grupo.
- III — Cumpre ao tribunal arbitral, além do mais, proceder à interpretação da cláusula arbitral, designadamente para verificação da sua competência ou determinação da lei processual e material aplicável.
- IV — No contrato de agência, regulado pelo Dec. Lei n.º 178/86, de 3-6, é legalmente impedida a renúncia antecipada ao direito de indemnização, designadamente ao direito de indemnização por clientela.
- V — A nulidade da convenção arbitral com fundamento na indisponibilidade do direito, nos termos do art. 1.º, n.º 1, e do art. 2.º da LAV, reporta-se a situações de indisponibilidade absoluta, com exclusão das situações de indisponibilidade relativa, designadamente quando se trate de litígio que incida sobre direitos de natureza patrimonial susceptíveis de transacção.
- VI — Verifica-se a excepção dilatória de violação de convenção arbitral prevista em contrato de agência na acção interposta pelo agente contra o principal no tribunal judicial na qual, além do pedido de condenação no pagamento de comissões devidas, são formulados pedidos de indemnização de clientela e por incumprimento do contrato.

Este entendimento foi sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou o entendimento relativo à teoria do “grupo de empresas” e reforçou que as instruções para “facturação” a uma terceira entidade e para que o pagamento das comissões fosse feito por essa terceira entidade ao agente (Sociedade A) não eram suficientes para reconhecer a validade e eficácia dessa cláusula com-

promissória ao abrigo da teoria da cessão de créditos. Como notado anteriormente, este entendimento é de alguma forma deslocado na medida em que as particularidades do caso respeitavam a uma transmissão de dívidas (ou assunção de dívidas) e não a uma cessão de créditos, que são realidades completamente distintas.

Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi assim sumariada:

1. A convenção de arbitragem constante da cláusula dum contrato só vale, em princípio, entre os outorgantes.
2. Sem prejuízo, no entanto, e de acordo com o regime geral dos contratos, de valer relativamente ao cessionário da posição contratual, ao cessionário de crédito ou ao aderente ao contrato.
3. Não alcança qualquer destas figuras a comunicação duma das outorgantes à outra de que a facturação devia passar a ser feita a terceira.
4. A comunicação para início da arbitragem e constituição do tribunal arbitral feita por uma das outorgantes do contrato às outras e, bem assim, a esta terceira, não encerra reconhecimento relevante de que a convenção arbitral valha relativamente a esta.

É bastante claro que esta última linha de pensamento teria de levar a uma liminar absolvição da Sociedade C: se o papel desta sociedade no âmbito da execução do contrato se limitava ao pagamento das comissões e se esta circunstância não era suficiente para permitir a extensão da convenção de arbitragem à Sociedade C (uma vez que não se verificou mais nenhuma intervenção desta sociedade), daqui se segue que a Sociedade C também não poderia estar em condições de responder pelo pedido formulado no processo: simplesmente não havia tido qualquer intervenção que pudesse justificar a sua demanda e não estava em posição de sequer contestar o fundo da questão.

Assim, o resultado da acção foi manifestamente distorcido: de acordo com a linha de raciocínio, foi decidido manter em juízo uma parte que claramente nada tinha a ver com as negociações e

com a execução do contrato subjacente. Isto será suficiente para levantar outras questões e sugerir outras linhas de raciocínio.

5. A primeira interrogação que se pode levantar respeita à determinação do sentido da decisão caso a questão fosse levantada e apreciada em tribunal arbitral. Suponhamos que o agente (Sociedade A) havia iniciado uma acção arbitral contra a Sociedade B e contra a sua subsidiária Portuguesa (Sociedade C) e contra a outra sociedade⁽⁷⁾.

Qual teria sido a decisão do tribunal arbitral no que toca à validade e âmbito de eficácia da cláusula compromissória? Seria reconhecido à Sociedade A o direito de demandar a Sociedade C, assim obtendo a extensão da dita cláusula?

Considerando o entendimento que a doutrina e jurisprudência estrangeiras têm em relação a este tema, muito provavelmente essa extensão seria concedida.

Apenas se podem realizar conjecturas caso a situação fosse inversa (isto é, se a acção arbitral fosse instaurada pela Sociedade B ou pela Sociedade C contra a Sociedade A e esta invocasse a inexistência, invalidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, a impossibilidade de extensão da dita convenção).

Mas esta não é a única interrogação. Na verdade, bem se pode começar por questionar qual seria a lei aplicável à convenção de arbitragem no que respeita ao tema da validade e eficácia de tal convenção e quanto ao seu âmbito objectivo e subjectivo.

(7) De facto, esta suposição pode bem estar perto da realidade na medida em que se sabe que a Sociedade A iniciou procedimento arbitral, na Dinamarca, contra as ditas sociedades.

III. A lei aplicável à convenção de arbitragem

6. À data em que surgiu a disputa e em que foi proferida a decisão do Tribunal da Relação, a lei portuguesa em vigor era a acima indicada Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, posteriormente revogada e substituída pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (“Nova LAV”). Apesar desta mudança legislativa, as conclusões relacionadas com esta matéria não sofrem qualquer alteração, mantendo-se as mesmas. Com efeito, as conclusões a que abaixo cheguei e que agora têm claro respaldo na Nova LAV, correspondem exactamente às mesmas conclusões que se deveriam alcançar em face da LAV 86.

A definição do conceito de “arbitragem internacional” e a determinação do seu âmbito são o primeiro exemplo deste entendimento.

7. Parece ser óbvio mas em qualquer caso não se deixará de afirmar que este caso envolve interesses do comércio internacional. A simples circunstância de a cláusula compromissória prever a resolução de disputas mediante arbitragem a realizar na Dinamarca e de as partes haverem escolhido a Lei Dinamarquesa para regular não só o fundo da causa mas também a própria arbitragem (“qualquer litígio emergente ou relacionado com o presente Acordo será resolvido sem o recurso aos tribunais de acordo com a Lei Dinamarquesa de Arbitragem...”) é um claro indício desta conclusão. A circunstância de uma das partes (melhor, duas: a Sociedade B e a Sociedade D) ter sede no Reino da Dinamarca reforça esse mesmo entendimento. Mais facticidade fosse reunida nas decisões em apreciação e certamente que concluiríamos que a execução do contrato de agência implicou a realização de transações e de operações de importação e exportação entre Portugal e o Reino da Dinamarca.

Assim, parece resultar evidente que a convenção de arbitragem respeitava a um acordo para submeter a resolução de litígios a arbitragem (comercial) internacional e que a arbitragem em si dever-se-ia qualificar como “arbitragem internacional” à luz do direito português. Na verdade, face ao disposto no art. 32.º da

“LAV 86”, é internacional a arbitragem que “põe em jogo interesses de comércio internacional”⁽⁸⁾.

Assim, o regime jurídico aplicável deveria ser o da arbitragem internacional e não o respeitante à arbitragem doméstica.

Isto leva-nos à segunda interrogação: qual seria então a lei aplicável à convenção de arbitragem?

8. Por outro lado, ao tempo em que o litígio foi submetido e decidido pelos tribunais, o n.º 1 do art. 5.º da Nova LAV não estava naturalmente em vigor. Esta preceito determina que “o tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.”

Contudo, já antes da entrada em vigor da Nova LAV era entendimento pacífico que os tribunais estaduais não podiam decidir sobre a validade, eficácia e âmbito da convenção de arbitragem salvo se esta fosse manifesta ou patentemente nula, ineficaz ou inexecutável. Tal era, aliás, o sentido que decorria da aplicação da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de Junho de 1958 (CNI1958⁽⁹⁾). E esse era também o entendimento, entre outros, de Luís de Lima Pinheiro⁽⁹⁾ e do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004.

Insiste-se então: no contexto de uma arbitragem internacional, qual seria a lei aplicável para determinar se a convenção de arbitragem era “manifesta e patentemente nula, ineficaz ou incapaz de ser executada”?

Na verdade, como já foi afirmado a propósito do art. II, n.º 3 da “CNI1958”, “esta disposição não dispensa o tribunal de deter-

(8) Esta redacção corresponde fielmente ao texto do art. 49.º da Nova LAV.

(9) LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, p. 135, Almedina, 2005.

minar a lei aplicável de acordo com as suas regras de conflitos (...)”⁽¹⁰⁾.

Ora, descurando esta premissa, o Tribunal da Relação de Lisboa assumiu que era a lei Portuguesa (“LAV 86”) a aplicável a todos os aspectos do litígio — incluindo a questão da validade e eficácia “*ratione personae*” da convenção de arbitragem — e decidiu em conformidade.

9. Enquadrando esta questão no âmbito da Convenção de Nova Iorque, Albert van den Berg escreveu:

“No que toca à excepção ‘nula, ineficaz ou inexecutável’ constante do art. II, n.º 3, a maior parte dos tribunais tem aplicado por analogia a regra de conflitos contida no art. V, n.º 1, al. a): ‘a lei a que as partes tiverem submetido [a convenção de arbitragem] ou, na falta dessa indicação, a lei do país onde a sentença foi proferida.’ No contexto da excepção ‘nula, ineficaz ou inexecutável’ do art. II, n.º 3, a regra de conflitos alternativa, ao reportar-se à lei do país onde a sentença foi proferida, pode ser lida como ‘a lei do país onde a sentença irá ser proferida’”^(11/12).

Sobre este tema já foi também escrito que:

“se não foi feita uma designação expressa e se torna necessário determinar a lei aplicável ao acordo, quais são as opções? (...) a opção prin-

⁽¹⁰⁾ JEAN-FRANÇOIS POUDRET E SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 257, Second Edition, Thomson — Sweet & Maxwell, 2007.

⁽¹¹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958: An Overview* disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf>, p. 11. Cf. também ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, pp. 124 e 127, T.M.C. Asser Institute — The Hague, Kluwer Law International, 1981.

⁽¹²⁾ Tradução da responsabilidade do autor. No original: As regards the exception “null and void, inoperative or incapable of being performed” in Article II(3), most courts apply by analogy the conflict rules contained in Article V(1)(a): “the law to which the parties have subjected [the arbitration agreement] or, failing any indication thereon, the law of the country where the award was made.” The alternative conflict rule, referring to the law of the country where the award was made, can be read as the law of the country where the award *will* be made in the context of the exception “null and void, inoperative or incapable of being performed” in Article II(3).

cipal — na falta da escolha expressa ou tácita das partes — parece ser a lei do lugar da arbitragem e a lei que se aplica ao contrato no seu todo”^(13/14).

Esta é também a solução que já resultava do n.º 2 do art. VI da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, o qual previa que as questões relativas à capacidade das partes e à existência e validade da convenção de arbitragem deverão ser resolvidas: *a)* de acordo com a lei a que as partes submeteram a convenção de arbitragem; *b)* na falta de tal indicação, de acordo com a lei do país onde foi proferida a decisão arbitral; *c)* de acordo com a lei aplicável por força das normas de conflitos do país do tribunal onde tiver sido instaurada a ação.

Muito embora sejam da opinião de que a convenção de arbitragem desempenha um papel completamente diferente das restantes disposições do contrato onde a mesma se insere e, portanto, que a escolha da lei aplicável à substância do negócio não é necessariamente reflectida na escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem, Poudret e Besson aderem à tese segundo a qual a disposição contida na al. *a)*, do n.º 1 do art. V da “CNI1958” é também aplicável no momento em que a falta de competência do tribunal estadual for invocada ao abrigo de cláusula compromissória que abranja a disputa. Poudret e Besson afirmam também que os tribunais estaduais têm entendido que “a escolha da lei no contrato principal, geralmente estende-se à convenção de arbitragem” e que, em qualquer caso, deve-se excluir a análise da validade e âmbito da convenção de arbitragem ao abrigo da lei do foro ou de qualquer outra

(13) NIGEL BLACKABY E CONSTANTINE PARTASIDES em *Alan Redfern and Martin Hunter — Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 166, 5.ª ed., Oxford, 2009. Considerando que a “lex arbitrii” e a Convenção de Nova Iorque de 1958 devem aplicar-se aos efeitos da convenção de arbitragem — tanto nos seus efeitos positivos como negativos —, cf. JEAN-FRANÇOIS POUDRET AND SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 256, Second Edition, Thomson — Sweet & Maxwell, 2007.

(14) Tradução da responsabilidade do autor. No original: ‘if no such express designation has been made, and it becomes necessary to determine the law applicable to the agreement, what are the choices? (...) the principle choice — in the absence of any express or implied choice by the parties — appears to be between the law of the seat of the arbitration and the law which governs the contract as a whole.’

lei que não tome em consideração a al. a), do n.º 1 do art. V da “CNI1958”⁽¹⁵⁾.

Pode-se também acrescentar que a “Nova LAV” prevê que, “tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português” (n.º 1 do art. 51.º).

10. Parece daqui resultar inquestionável que a “lex fori” — neste caso, a lei Portuguesa — não deveria ter sido chamada para decidir o destino da convenção de arbitragem ou, pelo menos, não deveria ter sido a única lei a ser chamada para determinar a validade e âmbito dessa convenção.

Se o tribunal tivesse ponderado este aspecto teria seguramente chegado à conclusão de que a lei Dinamarquesa era a aplicável para determinar a validade e eficácia da convenção de arbitragem. Primeiro, porque foi a lei escolhida pelas partes (escolha esta que se dirigiu também a um aspecto que não é muito comum ser previsto pelas partes e que é, justamente, a determinação da lei aplicável à própria convenção de arbitragem). Em segundo lugar, era esta a lei do lugar da arbitragem. Ambos estes critérios levavam necessariamente à conclusão de que a lei Dinamarquesa era a aplicável à resolução de questões ligadas à validade e eficácia da convenção de arbitragem, ficando apenas por apurar qual teria sido o resultado da aplicação desta lei aos temas que aqui se abordam.

11. De todo o modo, mesmo admitindo a aplicação da lei Portuguesa a esta matéria, há que saber se as conclusões a que as instâncias superiores chegaram são ou não acertadas.

Como foi anteriormente dito e valerá a pena repisar, o resultado é distorcido e de alguma forma estranho: foi decidido manter

(15) POUDRET E BESSON, *op. cit.*, pp. 258 e 259.

a ação contra uma das rés (e apenas contra uma delas) que, também de acordo com o que foi decidido, não tinha ligação relevante com a relação material subjacente o que poderá significar que, em última análise, não teria oportunidade ou meios para contestar o fundo da causa.

Tendo presente tal resultado, haveria outro meio de remeter todas as partes para a ação arbitral?

Ambas as instâncias de recurso rejeitaram as teses do “grupo de empresas” e da “cessão de créditos” (que na realidade e como se disse, era uma transmissão ou assunção de dívidas). São, por isso, estas teorias que irei abordar, desde já avançando o entendimento que a leitura feita pelos tribunais foi demasiado formalista e restritiva e que, naturalmente, poderia ter ido bastante mais além sem nunca perder o apoio e sustentação da lei e do entendimento doutrinário nesta matéria.

IV. O nível de exigência

12. Se me é permitido, começaria por sugerir outra perspectiva de análise deste tema. No seu estudo, Bernard Hanotiau afirma que:

“Quando um tribunal estadual ou um tribunal arbitral têm de determinar quem são as partes numa convenção de arbitragem, em primeiro lugar terão de determinar quem — com maior ou menor formalismo — prestou o seu consentimento. O consentimento pode ser expresso ou tácito⁽¹⁶⁾, (...) um facto que na maior parte dos casos — mas não em todos — se revela pela assinatura da pessoa ou entidade em causa no documento contratual. Mas, por outro lado, (...) é possível tornar-se parte no contrato sem ter assinado o respectivo *instrumentum*”^(17/18).

⁽¹⁶⁾ BERNARD HANOTIU, *Complex Arbitrations — Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, p. 8, Kluwer Law International, 2005.

⁽¹⁷⁾ *Idem*, p. 32.

⁽¹⁸⁾ No original: “when a court has or an arbitral tribunal has to determine who is a party to an arbitration agreement, it will first determine — with more or less formalism — who has consented to the agreement. The consent may be express or implicit” e “a fact

Tudo dependerá, segundo o entendimento quase pacífico da doutrina e jurisprudência — tanto nacional, como estrangeira — do consentimento das partes envolvidas (formal e expressamente) na convenção de arbitragem e das partes em relação às quais se pretende operar a extensão dessa mesma convenção.

No que toca à indagação e detecção da intenção comum das partes no sentido de remeterem para arbitragem a resolução de qualquer litígio, Hanotiou não faz qualquer distinção consoante a questão é decidida nos tribunais judiciais ou nos tribunais arbitrais. No entanto, creio que podemos e devemos fazer essa distinção, elevando o grau de exigência da apreciação quando a mesma é feita em tribunal arbitral mas baixando tal grau quando a questão é apreciada nos tribunais estaduais.

Podemos apelar à CNI1958 e às várias legislações nacionais (como é o caso da Portuguesa, sobretudo após a entrada em vigor da Nova LAV) que adoptam um entendimento similar ao n.º 3 do art. II da CNI1958 e ao n.º 1 do art. 8.º da Lei-Modelo sobre arbitragem comercial internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional-UNCITRAL (“Lei-Modelo UNCITRAL”). Podemos também apelar ao princípio da “Competenz-Kompetenz”: o tribunal arbitral é competente para determinar a sua própria competência e é a primeira e última entidade com poder para tal.

Constitui entendimento pacífico que o tribunal estadual não pode decidir sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem a não ser que a julgue “manifestamente” nula, ineficaz ou inexecutável⁽¹⁹⁾. Como já foi decidido,

“A manifesta inexistência, nulidade, ineficácia original ou superveniente ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem, é aquela que

that in most — but not all — cases will be expressed by the signature of the person or entity concerned on a contractual document. But on the other hand (...) it is possible to become a party to a contract without having signed the *instrumentum* ...”

⁽¹⁹⁾ Cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2011 e 20 de Janeiro de 2011, do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012 e 5 de Fevereiro de 2013, e do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2011 e 10 de Fevereiro de 2009, disponíveis em <www.dgsi.pt>.

se apresente ao julgador de forma evidente, não carecendo de qualquer produção de prova para ser apreciada”⁽²⁰⁾.

Se não se verifica uma flagrante inexistência, invalidade ou ineficácia, o tribunal estadual está vinculado a remeter as partes para a arbitragem sem qualquer análise ou consideração suplementar, desde que uma das partes assim o requeira. Este requerimento de qualquer das partes deve ser apreciado de uma forma perfunctória (“*prima facie*”)⁽²¹⁾.

Como reflectiu Emmanuel Gaillard,

“Desde que, *prima facie*, exista uma convenção de arbitragem, este princípio [“Competenz-Competenz”] atribui muito simplesmente aos árbitros a prioridade na decisão sobre a sua competência, sujeito a posterior revisão pelos tribunais estaduais que sejam chamados a reconhecer a decisão arbitral na sua ordem jurídica. Quando é dirigido aos árbitros, o princípio da “competence-competence” produz o efeito positivo que lhes permite prosseguir a sua missão. Quando é dirigido aos tribunais estaduais, produz o efeito negativo, convidando esses tribunais a abster-se de decidir sobre as questões que, *prima facie*, estão cobertas pela convenção de arbitragem, de forma que sejam os árbitros quem tratam eficazmente e em primeira instância das questões ligadas à validade e âmbito da convenção de arbitragem em disputa”^(22/23).

⁽²⁰⁾ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012.

⁽²¹⁾ É o entendimento de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral*, in Revista da Ordem dos Advogados, I, p. 295, 2013.

⁽²²⁾ EMMANUEL GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, pp. 87-88, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁽²³⁾ Tradução da responsabilidade do autor. No original: “provided that there is a *prima facie* arbitration agreement, this principle simply gives the arbitrators priority to rule on their jurisdiction, subject to subsequent review by those national courts called upon to give effect to the award in their legal order. When it addresses the arbitrators, the principle of competence-competence produces a positive effect in that it enables them to pursue their mission. When it addresses national courts, it produces a negative effect, inviting those courts to refrain from assessing matters that are *prima facie* covered by the arbitration agreement, so that arbitrators can meaningfully address in the first instance the issues of validity and scope of the disputed arbitration agreement.”

Mais incisivamente, João Luís Lopes dos Reis afirmava,

“A lei quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição: há convenção de arbitragem, é plausível que ela vincule as partes no litígio, então, quanto ao litígio entre elas, o tribunal judicial não pode intervir senão em sede de impugnação da decisão arbitral. Para que este limite fique claro, para que fique nitidamente delimitada essa *fronteira* estabelecida ao poder do juiz, questões relativas à própria convenção, como a sua validade, a sua eficácia, a sua aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final.”

Só se ocorrer *nulidade manifesta* da convenção de arbitragem é que o tribunal judicial pode decidir de outro modo”(24).

13. Em conformidade, se uma parte o requerer, o tribunal estadual deve presumir que existe uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível. Existe uma presunção *in favor arbitrandum* ou *in favor validitatis*.

Assim, esta excepção apenas poderá improceder quando o tribunal esteja em condições de concluir, sem necessidade de qualquer análise mais detalhada e sem necessidade de qualquer outra alegação ou prova de factos, que a convenção de arbitragem inexistente (por exemplo, seria o presente caso se não existissem quaisquer outros factos relacionados com a intervenção de terceiros), é inválida (por exemplo, a convenção de arbitragem fora assinada por menor), caducou (por força do termo do respectivo prazo) ou é insusceptível de ser executada (por exemplo, uma convenção de arbitragem que estabelece que os árbitros serão nomeados por uma entidade que deixou de existir)(25).

(24) JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A excepção de preterição do tribunal arbitral*, pp. 1123-1124, Revista da Ordem dos Advogados, 1998-III.

(25) Tal foi a situação da convenção de arbitragem do caso “Aminoil v Kuwait” que é também um dos casos frequentemente citados de um exemplo de uma cláusula de arbitragem patológica.

14. Como referido anteriormente, o princípio “Competenz-Competenz” está claramente subjacente à proposição acima avançada.

O princípio “competence — competence” e as questões que dele decorrem podem ser de uma vasta complexidade. Uma vez mais, já se escreveu sobre este tema muito mais (e melhor) pelo que não o retomarei. Apenas repisarei que, muito embora as consequências que decorrem deste princípio (no que respeita à obrigação do juiz remeter as partes para a ação arbitral) não tenham a mesma força que têm noutros ordenamentos jurídicos (como é o caso de França)⁽²⁶⁾, ainda assim deveria ser este o entendimento a retirar da leitura da “LAV86” e é sem sombra de dúvidas o único entendimento possível a retirar do n.º 1 do art. 5.º da Nova LAV.

Neste ponto, podem-se considerar pertinentes as indicações do “Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958”:

“O propósito da Convenção de Nova Iorque é promover o comércio internacional e a solução de disputas internacionais por meio da arbitragem. Visa a facilitar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e a execução de convenções de arbitragem. Consequentemente, os tribunais devem adotar um viés pró-execução ao interpretar a Convenção”⁽²⁷⁾.

“O princípio da “competência-competência” tem sido interpretado por vários órgãos judiciais, especialmente nos Estados Unidos, à luz do vies pró-execução da Convenção. Assim, foi dada prioridade para a determinação da jurisdição do tribunal arbitral pelo próprio tribunal arbitral, sendo que o escrutínio de uma convenção de arbitragem supostamente nula e sem efeitos, inoperante ou inexequível por autoridades judiciais permaneceu superficial (ou *prima facie*) no estágio inicial de uma disputa. Estes órgãos têm entendido que a convenção de arbitragem não é válida apenas em casos evidentes”⁽²⁸⁾.

(26) EMMANUEL GAILLARD e JOHN SAVAGE; in *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 407.

(27) INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um Texto de Referência para Juizes*, p. 14, 2011, com redacção “oficial” da versão em língua portuguesa.

(28) *Idem*, p. 40.

Apenas por mera curiosidade, esta obra tem como sub-título a sugestiva indicação de “Um texto de referência para juízes”.

Em todo o caso, Albert van den Berg segue por esta interpretação restritiva da CNI1958 e é de opinião que “a invalidade da convenção de arbitragem apenas deve ser aceite em casos manifestos”⁽²⁹⁾.

15. De acordo com esta perspectiva, o nível de determinação da existência, validade e eficácia de uma convenção de arbitragem deve baixar quando o tribunal estadual é chamado a julgar essa questão. Apenas casos manifestos devem deixar de ser remetidos para arbitragem. Por isso, se se verifica um simples vislumbre de conectividade entre a cláusula compromissória, as partes, a operação económica no seu todo e o litígio, a cláusula compromissória deve ser respeitada, com eventual extensão a terceiras entidades que por algum modo estejam ligadas a essa cadeia de conectividade.

Inversamente, se a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é levantada perante o tribunal arbitral, então o nível de exigência deve aumentar uma vez que é o tribunal arbitral quem detém a competência para julgar a sua própria competência. A este nível, a verificação deve ser feita em atenção não apenas às circunstâncias que são “gritantes” mas também de acordo com os factos que forem articulados pelas partes e a prova que estes sobre eles produzirem, permitindo assim uma análise mais aprofundada da questão.

Dito por outras palavras, no apuramento da extensão de uma cláusula compromissória feita em sede de tribunal estadual, bastará um simples vislumbre ou aparência de conectividade entre uma convenção arbitral, as partes, a operação económica⁽³⁰⁾ e o litígio para que se conclua pela existência de uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível. Ao invés, se essa determinação é

⁽²⁹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *apud*. *The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 155.

⁽³⁰⁾ Querendo com isto significar o contrato no seu todo e em todos os aspectos da sua criação, vida e cessação.

feita pelo tribunal arbitral, exigir-se-á uma imagem mais nítida dessa ligação.

16. Considerando o que se acaba de referir, bem podemos questionar se a mera existência de uma convenção de arbitragem assinada entre duas partes, seguida de uma carta de instruções respeitante à emissão de facturas de comissões por uma das partes originárias a uma terceira entidade e terminando pelo pagamento dessas facturas por esta terceira entidade àquela parte originária, tudo com referência ao mesmo contrato de agência e sendo tudo aceite e executado por todas as partes (originárias e terceira), não seria por si só suficiente para remeter todas as partes para arbitragem, mesmo apesar daquela terceira parte não ter assinado a dita convenção de arbitragem.

Havia ali um vislumbre de conexão para remeter todas as partes para a acção arbitral?

V. As teorias do “grupo de empresas” e do “levantamento da personalidade jurídica”

17. Um dos princípios estruturantes da arbitragem é o consentimento das partes dirigido à submissão de eventuais e futuros (ou actuais) litígios à resolução por árbitro(s). A fonte e natureza da arbitragem assentam no consentimento das partes. O acordo para arbitrar tem de brotar da vontade das partes e, portanto, a questão da existência, validade e âmbito de uma convenção de arbitragem levanta-se imediatamente quando se pretende que uma terceira entidade que não subscreveu a convenção de arbitragem fique vinculada a ela (ou quando uma terceira entidade que não subscreveu tal convenção pretende beneficiar do regime por ela instituído).

Sabe-se que a convenção de arbitragem tem de obedecer a determinados requisitos de substância e forma. A omissão ou defeito desses requisitos pode causar um impedimento à constituição e funcionamento do tribunal arbitral, pode constituir um fundamento de anulação da decisão arbitral e pode constituir um funda-

mento para a recusa do reconhecimento e / ou da execução de uma sentença arbitral, seja ela doméstica ou estrangeira. Estas são as possíveis consequências que resultam da aplicação do regime estabelecido na Nova LAV, da CNI1958 e de muitas (se não todas) as leis de outros ordenamentos jurídicos, inspirados ou não na “Lei-Modelo UNCITRAL”. A indicação dos respectivos preceitos pode parecer aqui supérflua. Mas é seguramente ilustrativa a decisão judicial que se transcreve:

“A arbitragem é consensual por natureza (...) Mas daqui não se segue, contudo, que (...) uma vinculação para arbitrar fique ligada apenas às entidades que pessoalmente assinaram a cláusula de arbitragem escrita. (...) Uma parte não signatária pode ficar vinculada por uma convenção de arbitragem se a isso conduzirem os ‘princípios comuns dos contratos e da agência’”(31/32).

Os tribunais estaduais, os tribunais arbitrais e a doutrina têm recorrido a uma série de doutrinas ou de expedientes jurídicos para permitir a extensão das convenções de arbitragem a terceiras entidades não signatárias das mesmas. Tem sido comum abordar este tema — sempre, naturalmente, em função das particularidades de cada caso — ao abrigo das teorias da agência, “abuso de direito”, terceiros beneficiários, garantes, cessão de posição contratual, assunção, fusão, sucessão legal, entre outras. Entre essas, interessa-nos agora as teorias dos “grupos de empresas” e do levantamento da personalidade jurídica.

Veremos em que medida se podem aplicar ao caso presente.

18. A teoria do “grupo de empresas” tem sido analisada em estreita ligação com a teoria do “levantamento da personalidade jurídica” (ou doutrina do “alter ego”, tal como tem sido indiferente-

(31) Decisão do caso Thomson — CSF, SA v Am. Arbitration Ass’n, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995) citado por GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, p. 1411, 2.^a ed., Wolters Kluwer, 2014.

(32) No original: “Arbitration is consensual by nature ... It does not follow, however, that ... an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision ... A non-signatory party may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the ‘ordinary principles of contract and agency’”.

mente tratada na literatura e jurisprudência estrangeiras). O ponto de que comungam é o seguinte: num certo nível de análise da convenção arbitral envolvida no litígio que surge entre duas ou mais partes, uma destas conclui pela falta de efeito contratual relativo dessa cláusula mas ainda assim pretende que tal cláusula vincule a parte (ou partes) que não a assinaram.

Da uma forma grosseira, pode-se dizer que estas teorias representam os dois lados da mesma moeda. Com efeito, de uma forma genérica, numa das situações, existe uma pessoa (singular ou colectiva) que se esconde atrás de outra entidade (colectiva) e a parte contrária faz por “despir” o manto de personalidade jurídica que cobria a posição abusiva daquele primeiro. Este é o caso da teoria do “alter ego” ou do “levantamento da personalidade jurídica”. Tipicamente, as situações em que sem tem discutido a aplicação desta doutrina são as que respeitam a acções arbitrais intentadas por uma das partes do contrato directamente contra terceira pessoa oculta, as situações (denominadas em processo civil) de intervenção provocada de terceiro “oculto” no processo arbitral e as situações em que se invoca em processo judicial a excepção de preterição de tribunal arbitral contra a parte contrária (quer contra a autora em sede de contestação, quer contra o réu em sede de resposta a pedido reconvenicional, embora, neste último caso, as situações em que tal pode suceder são bem mais raras) também ela “oculta” na relação jurídica subjacente que foi trazida ao processo.

Na outra situação e mais uma vez em termos genéricos, existe uma terceira entidade que não é parte na relação jurídica contratual que contém a convenção de arbitragem mas mesmo assim pretende aproveitar-se da vantagem de ser uma sociedade que domina ou que é dominada por aquela outra que assinou e subscreveu tal convenção de arbitragem. Esta é a situação típica a que se deu o nome de teoria do “grupo de empresas”. Esta teoria é assim vista pelo prisma da entidade que pretende aproveitar-se do benefício resultante de um determinado acordo que prevê uma cláusula compromissória.

No caso da doutrina do “alter ego”, tem de existir

“prova convincente de que uma entidade dominava as acções do dia-a-dia de outra entidade e de que exercia esse poder de forma fraudulenta

ou de outra forma injusta para a parte contrária ou para se evadir do cumprimento de obrigações legais ou outras”^(33/34).

No entanto, no que toca ao caso da teoria do “grupo de empresas”,

“se uma empresa é parte de um grupo empresarial, está submetida ao controlo de (ou controla) uma afiliada que celebrou o contrato e esteve envolvida na negociação ou execução do contrato, então pode em determinadas condições invocar ou ver contra si invocada uma cláusula compromissória inserida nesse contrato, apesar do facto de não ter intervindo na assinatura desse contrato”^(35/36).

19. Como foi referido, a distinção entre estas duas teorias não é muito clara e a linha que as divide também não está muito bem definida. Em qualquer caso, poder-se-á dizer que no caso da teoria do “grupo de empresas” a terceira entidade não está oculta, estando antes visível e envolvida numa ou várias fases do contrato (negociação, assinatura, execução e até cessação do contrato). Em regra, trata-se de uma entidade que pretende tornar-se visível no seio de uma relação jurídica que entra em litígio e por isso invoca a qualidade de parte nessa relação.

Na verdade, esta teoria tem sido utilizada para permitir que uma empresa possa invocar uma cláusula compromissória inserida

⁽³³⁾ GARY BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 96, Wolters Kluwer 2012, referindo em nota de rodapé que “nos EUA, para ilidir a presunção de separação de personalidades é necessário demonstrar: a) o domínio e controlo da entidade afiliada e a inobservância de formalidades societárias de tal forma que não haja separação de entidades existentes; b) fraude ou conluio no uso desse controlo ou conduta dolosa equivalente, tendo em vista prejudicar outras partes.”

⁽³⁴⁾ No original: ‘there must be convincing evidence that one entity dominated the day-to-day actions of another and that it exercised this power to work fraud or other injustice on a third party or to evade statutory or other obligations.’

⁽³⁵⁾ GARY BORN, *apud. International Arbitration: Law and Practice*, p. 97.

⁽³⁶⁾ No original: ‘[a] company is part of a corporate group, is subject to the control of (or controls) a corporate affiliate that has executed a contract, and is involved in the negotiation or performance of that contract, then it may in some circumstances invoke or be subject to an arbitration clause contained in that contract, notwithstanding the fact that it has not executed the contract’.

num contrato entre um terceiro e uma sociedade que aquela primeira controla ou que é controlada por esta.

O caso “Dow Chemical” é paradigmático: duas empresas do grupo “Dow Chemical” outorgaram um contrato que continha uma convenção de arbitragem; a sociedade “mãe” destas duas sociedades outorgantes e uma outra subsidiária, que não haviam intervindo nesse contrato, iniciaram procedimento arbitral contra a demandada; esta veio contestar a eficácia da cláusula de arbitragem em relação àquelas outras sociedades, alegando que estas não haviam assinado o acordo no qual estava inserida a dita convenção de arbitragem e, portanto, não poderiam beneficiar da mesma. O tribunal arbitral, considerando todas as circunstâncias relativas à negociação, assinatura, execução e cessação do contrato concluiu que existia uma “realidade económica incindível” e que

“[a] convenção de arbitragem expressamente aceite por determinadas empresas do grupo deveria vincular outras empresas que, por virtude do seu papel na conclusão, execução e cessação do contrato contendo tal cláusula e de acordo com a mútua intenção das partes no processo, parecem ter sido as verdadeiras partes nesse contrato ou afectadas em primeira linha por ele e pelo litígio a que ele deu origem”^(37/38).

20. Os nossos tribunais e a nossa doutrina, de uma forma genérica, não têm um entendimento diferente sobre esta questão.

No contexto da teoria do “grupo de empresas”, Manuel Pereira Barrocas não rejeita a extensão da convenção de arbitragem desde que a parte não signatária tenha de algum modo aderido à mesma⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Caso ICC n.º 4131 (1982), Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain, 1984, Rev. Arb. 137, 110 J.D.I. 899 (1983).

⁽³⁸⁾ No original: “the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the dispute to which they may give rise”.

⁽³⁹⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS, p. 211, *Manual da Arbitragem*, Almedina, 2.ª ed., 2013.

Alinhados com o entendimento das decisões aqui analisadas estão Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia para quem a mera existência de um “grupo de empresas” não é suficiente para estender uma convenção de arbitragem⁽⁴⁰⁾. José Lebre de Freitas segue este entendimento, fazendo notar que pertencer a um grupo de empresas não é suficiente, sendo necessário que a empresa não signatária tenha por alguma forma intervindo na negociação e execução do contrato que contém a convenção de arbitragem e que as partes devem de alguma forma ter manifestado o seu consentimento para arbitrar⁽⁴¹⁾. Também Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão aderem a este entendimento, fazendo notar que o consentimento também pode nascer de forma tácita⁽⁴²⁾.

21. Por contraponto, a perspectiva subjacente à teoria do “alter ego” ou da “desconsideração da personalidade jurídica” é a daquela parte que pretende recusar a extensão da convenção de arbitragem⁽⁴³⁾. Neste caso, é a parte oculta e resguardada pelo princípio da separação de personalidades jurídicas dos entes colectivos (com intenção próxima da fraude)⁽⁴⁴⁾ que é perseguida pela parte contrária. Nestes casos, não é suficiente a existência de uma relação de domínio ou a integração no mesmo grupo de empresas mas é antes requerida uma intenção quase fraudulenta.

⁽⁴⁰⁾ JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais*, p. 132, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, 2011.

⁽⁴¹⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, p. 195, Almedina, 2010. Cf. também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, p. 163, Almedina, 2012.

⁽⁴²⁾ CARLA GONÇALVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, “VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, p. 131, Almedina, 2013.

⁽⁴³⁾ Para um tratamento mais aprofundado, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Responsabilidade por informações dadas em juízo*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 64, Nov. 2004, I/II e *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Almedina, 2000.

⁽⁴⁴⁾ BERNARD HANOTIU, *apud. Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, p. 44.

22. Até muito recentemente, o caso mais relevante sobre o tema “alter ego” era o “caso Orri” (decisão arbitral parcial ICC de 24 de Agosto de 1988, caso n.º 5730). Actualmente, parece ser o caso “Dallah” que mais tem despertado a atenção dos autores e que mais notoriedade tem ganho na literatura jurídica. Não me parece relevante entrar nas particularidades destes casos. Estes apenas foram chamados aqui à colação para salientar que a situação vertida nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça objecto deste pequeno texto não tem pontos de contacto com a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica” e, por isso, esta questão não poderia ser decidida ao abrigo desta teoria.

23. Contudo e quanto à teoria do “grupo de empresas”, ter-se-á de admitir uma certa insegurança e intranquilidade no raciocínio que leva à extensão da convenção de arbitragem a uma parte que não a subscreveu apenas e só porque pertence ao mesmo grupo de empresas.

Com toda a certeza que se pode questionar, face ao direito português, a razão pela qual uma sociedade “mãe” não pode invocar o benefício de uma cláusula compromissória subscrita por uma das suas participadas ou por uma sociedade pertencente ao seu grupo. Se pensarmos no regime da responsabilidade da sociedade dominante face às dívidas da sociedade totalmente dominada (arts. 491.º, 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais), poderemos talvez ser levados a concluir que uma das partes outorgantes pode instaurar ação arbitral contra a sociedade dominante da contra-parte com base numa convenção de arbitragem contida no contrato celebrado pela sociedade dominada.

Por outro lado, no direito português existem alguns exemplos da concretização do princípio “ubi commoda ibi incommoda”, que está na base do regime aplicável à responsabilidade objectiva (tal como a responsabilidade por produtos defeituosos ou a responsabilidade por danos ambientais).

Poderíamos assim ser tentados a seguir a ideia de Bernard Hanotiau: “um bom teste para decidir se a extensão da cláusula é

adequada será determinar se a mesma solução seria justificada se a situação fosse invertida”⁽⁴⁵⁾.

Combinando estas ideias simplistas, será que não poderíamos vislumbrar um princípio de “ubi incommoda ibi comoda” aplicável à extensão da convenção de arbitragem dentro da teoria dos grupos de empresas? Ou seja, se em determinadas circunstâncias uma sociedade dominante tem de enfrentar as dívidas e responsabilidades da sociedade totalmente dominada, porque razão não conceder a esta dominante o benefício resultante desta integração económica? Porque não aplicar um raciocínio ao avesso e desta forma deixar de indagar se a sociedade dominante teve ou não qualquer participação ou intervenção da unidade económica resultante da relação contratual objecto da disputa, bastando-se simplesmente com esse domínio?

Poder-se-á objectar que, vistas as coisas por este prisma, poderíamos ter de enfrentar uma outra questão delicada: se a sociedade dominante tem controlo sobre a sociedade totalmente dominada e queria beneficiar das vantagens de um determinado negócio feito pela dita dominada, porque razão simplesmente não interveio nesse negócio?

Além disso, há que reconhecer que o recurso à teoria do “grupo de empresas” é por definição excepcional e que, apesar da existência do regime legal aplicável à responsabilidade da sociedade dominante em relação à sociedade totalmente dominada, tem também ele de ser interpretado de uma forma restritiva.

Existe um princípio quase universal de separação de personalidades jurídicas que não pode deixar de ter intervenção nos grupos de empresas. Se a empresa dominante pretende retirar benefício dessa separação, pelas mais variadas razões (seja porque pretende limitar a responsabilidade em relação à sociedade dominada, seja por razões de estruturação do próprio grupo), então, deve também suportar as consequências dessa decisão de separação. E, como referido, se uma sociedade dominante pretendesse retirar benefícios de um negócio celebrado pela sociedade domi-

⁽⁴⁵⁾ *Idem*, p. 99.

nada, facilmente conseguiria obter a sua intervenção pessoal e directa nesse negócio.

24. Em qualquer dos casos, situações existem — muito comuns, aliás, nas arbitragens relacionadas com investimentos estrangeiros (“arbitragem de investimento”) — em que a sociedade dominante não pode intervir no negócio pois este tem de ser concluído exclusivamente por uma empresa local criada para o efeito. Podem existir casos de leis ou regulamentos especiais que impedem essa intervenção. E pode até suceder que a sociedade dominante não tenha tido oportunidade de intervir. Mas, em qualquer destes casos, essa sociedade dominante queria efectivamente ter sido parte do conjunto da operação económica envolvida e por isso mesmo envolveu-se subsequentemente na execução do contrato ou chegou mesmo a prestar garantias à operação.

Existem também outras situações — como é a retratada no caso aqui analisado — em que o acordo não foi assinado pela sociedade dominada mas pela sociedade dominante e é a dominada quem pretende retirar benefício do acordo feito pela dominante porque, de alguma forma, esteve envolvida na execução e cumprimento das obrigações emergentes de tal contrato.

Em todos estes casos, não é tão evidente que a sociedade dominante ou a sociedade dominada pudessem ter intervindo na outorga da relação contratual subjacente por seu livre arbítrio e, por isso, é razoável supor-se que se deva baixar o nível de exigência para que essa outra sociedade possa invocar os benefícios resultantes de cláusula compromissória inserida em tal contrato feito pela sua dominante ou dominada.

Outros pontos de conexão entre as partes e a relação contratual no seu todo poderão então ser detectados e assim chamados a permitir a extensão da cláusula compromissória. Como notado, tais pontos de conexão podem consistir na intervenção na negociação, execução, cumprimento ou cessação do contrato, deste modo formando uma comunidade de interesses em relação à operação económica no seu todo.

25. Neste aspecto, parece que o Supremo Tribunal de Justiça adoptou uma visão formalística dos princípios da liberdade contratual e do princípio da relatividade dos contratos, escorandose no n.º 2 do art. 406.º do Código Civil (que, pode-se dizer de uma forma grosseira, dispõe que os contratos são “res inter alia acta”), assim concluindo que não existiu consentimento da terceira parte para se vincular à convenção de arbitragem.

Certamente que deve existir consentimento para arbitrar e que este consentimento deve resultar dos factos concretos do caso. E assim sendo, estaríamos tentados a aderir mais uma vez à opinião de Bernard Hanotiou:

“qualquer referência a uma teoria de grupo de empresas deveria desaparecer de uma vez por todas do nosso vocabulário uma vez que podemos alcançar o mesmo objectivo com a clássica teoria do consentimento (tácito) das partes”^(46/47).

Mas a questão que mais uma vez se levanta é, considerando a existência de um grupo de empresas, deveremos baixar o nível de exigência de verificação dos requisitos do “mútuo consentimento” ou deve esse “mútuo consentimento” ser interpretado, ou melhor, detectado, de acordo com requisitos estritos e formalistas?

Tomemos o exemplo deste nosso caso: o contrato de agência foi celebrado entre o agente e a sociedade dominante; a sociedade dominante, que outorgou o contrato, instruiu o seu agente para que este emitisse e enviasse as facturas respeitantes a comissões a uma participada da dominante; estas (dominante e dominada) fazem naturalmente parte do mesmo grupo de empresas; o agente começou a “facturar” a sociedade dominada e esta começou a pagar àquela tais comissões. Daqui se segue que ambas as empresas do mesmo grupo (dominante e dominada) intervieram na execução e provavelmente na cessação do contrato de agência.

⁽⁴⁶⁾ BERNARD HANATIOU, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, p. 546, Arb. Int'l 27, 2011.

⁽⁴⁷⁾ No original: ‘Any reference to a group of companies doctrine should be disappear once and for all from our vocabulary as we may achieve the same result with the classic doctrine of (tacit) consent between the parties.’

Não seria isto suficiente para admitir a extensão da cláusula compromissória?

Uma vez mais, qual é o nível de consentimento que é exigido?

26. A um nível institucional — por exemplo, no seio da Corte de Arbitragem da CCI — tem-se entendido que o consentimento necessita de se demonstrar apenas “prima facie”. Se os factos do caso, tal como alegados pelas partes, demonstram “prima facie” um consentimento para arbitrar, o tribunal terá competência para dirimir a disputa.

Como Bernard Hanotiau disse e se repete, “é possível ser parte de um contrato sem ter assinado o *instrumentum* ...”⁽⁴⁸⁾.

Contudo e para o caso particular da teoria do grupo de empresas, para continuar a citar Bernard Hanotiau,

“A existência de um grupo de empresas dá especial dimensão ao problema da conduta ou do consentimento. (...) Tal como vários autores já anotaram, quando existe um grupo de empresas, podemos presumir que a sociedade dominante vincula as dominadas; mas, pelo contrário, apenas as sociedades que tenham estado substancialmente envolvidas na negociação e execução do contrato que contém a cláusula compromissória serão consideradas partes desta última. A jurisprudência nem sempre é clara neste ponto”⁽⁴⁹⁾.

À luz do ordenamento jurídico Português, o consentimento é sempre requerido, como se anotou. E este consentimento pode ser implícito ou explícito. No primeiro caso e em relação à arbitragem, dado que a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, ainda assim podemos detectar um consentimento tácito válido

⁽⁴⁸⁾ BERNARD HANATIOU, *apud. Complex Arbitrations*, p. 32.

⁽⁴⁹⁾ BERNARD HANATIOU, *apud. Complex Arbitrations*, p. 38. Tradução da responsabilidade do autor. No original: “the existence of a group of companies gives a special dimension to the issue of conduct or consent. (...) As several authors have pointed out that, when there is a group of companies, one may presume that the parent company binds its subsidiaries; but on the other hand, only the companies that have been substantially involved in the negotiation and performance of the agreement containing the arbitration clause will be considered parties to the latter. The case law is not always entirely clear in this respect”.

desde que o mesmo resulte de factos conclusivos que tenham sido reduzidos a escrito⁽⁵⁰⁾.

Neste nosso caso, é razoável concluir que a carta de instruções para “facturação” (que foi seguida pelo pagamento de comissões) constitui facto conclusivo reduzido a escrito. Questão diferente é se constitui um facto suficientemente conclusivo para determinar a existência de consentimento relevante.

Tendo estas considerações em mente, poderemos ser tentados a afirmar esse carácter conclusivo. Uma carta de instruções de emissão e envio de facturar acompanhada do pagamento a que mesma instrui pode ser um “envolvimento substancial”.

Consequentemente e neste ponto, poderemos discordar com o Tribunal da Relação e com o Supremo Tribunal de Justiça em relação à extensão da cláusula compromissória ao abrigo da teoria do “grupo de empresas”.

Ainda assim, outra via poderia ser explorada. Era a consideração da assunção de dívidas ou transmissão singular de dívidas.

VI. A transmissão de dívidas (assunção de dívidas)

27. O caso da transmissão de dívidas ou de assunção de dívidas pode ser genericamente descrito como o acordo entre o antigo devedor e o novo devedor (o “assuntor”) ao abrigo do qual este último assume a obrigação de pagar a dívida ao credor (art. 595.º do Código Civil). Este acordo pode produzir o efeito de exonerar o antigo devedor (“assunção liberatória”) ou de tornar o novo devedor solidariamente responsável com o antigo devedor pelo pagamento da dívida (“assunção cumulativa” de dívidas), ficando o credor, neste último caso, legitimado a reclamar o pagamento da dívida a qualquer dos devedores ou a ambos em conjunto, tudo conforme for acordado entre as partes. O acordo de

⁽⁵⁰⁾ DÁRIO MOURA VICENTE, *A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem*, p. 993, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2002.

assunção de dívida pode ser celebrado entre o novo devedor e o antigo devedor (com o consentimento do credor) ou entre o novo devedor e o credor (seguido ou não do consentimento do antigo devedor). Seja qual for o tipo de acordo, o credor deverá ser sempre chamado a prestar o seu consentimento ao negócio de cessão ou a intervir num novo negócio, o que em termos práticos vai dar ao mesmo (art. 595.º do Código Civil).

Para Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia⁽⁵¹⁾, no caso de transmissão de dívidas ou de assunção de dívidas deve estabelecer-se um paralelo com a transmissão de posição contratual. Ou seja, deve existir um paralelo exacto entre a cessão de posição contratual e a transmissão singular de dívidas no que respeita aos seus efeitos.

Considerando o regime legal aplicável à “cessão de posição contratual”, esta cessão implica a transferência, para o cessionário, de todos os direitos e obrigações resultantes da relação jurídica (salvas as exceções acordadas entre as partes). Assim, no caso da “cessão da posição contratual”, a cláusula compromissória segue a posição contratual cedida e o consentimento para arbitragem considerar-se-á como tendo efetivamente ocorrido.

O mesmo raciocínio e regime jurídico se aplica no caso de “transmissão de dívidas” ou “assunção de dívidas”. Assim, o transmissário numa cessão de dívidas (ou seja, o novo devedor) considerar-se-á presumidamente vinculado ao acordo de arbitragem que tenha sido pactuado no contrato do qual emerge a dívida transmitida.

Para o novo devedor deixar de estar vinculado à convenção de arbitragem emergente de uma dívida transmitida será necessário que se verifique uma de duas circunstâncias. Ou não aceita a transmissão da dívida com o antigo devedor (ou com o credor) ou, em alternativa, celebra com o credor um acordo separado que implique a revogação da convenção de arbitragem.

O mesmo se diga em relação ao credor. Se este não pretendesse consentir na transmissão da convenção de arbitragem, teria

(51) JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *apud. Arbitragens Complexas*, pp. 116 e 117.

que recusar o seu consentimento à cessão da dívida, teria que rejeitar a opção de celebrar acordo de cessão com o antigo devedor ou teria que celebrar novo acordo com o novo devedor, em qualquer destes casos revogando a convenção de arbitragem.

28. Regressando ao caso concreto, sabemos que a Sociedade B instruiu a Sociedade A para que esta “facturasse” todas as comissões à Sociedade C e que esta as pagasse. Isso implica inexoravelmente a conclusão de que a dívida resultante das comissões fosse transmitida à (ou fosse assumida pela) Sociedade C por via de um acordo (pelo menos) entre a Sociedade B e a Sociedade C. Sabemos que este procedimento foi estabelecido e foi executado. E sabemos que este procedimento foi cumprido entre a Sociedade C e a Sociedade A.

Por esta linha de raciocínio podemos concluir “prima facie” que a Sociedade A (credor das comissões) concordou ou por qualquer outra forma consentiu na transmissão das dívidas resultante de uma relação jurídica que vinculava a Sociedade B e a Sociedade C. Caso contrário e se não fosse por outras razões, nenhum sentido faria que a Sociedade C fosse demandada judicialmente.

Consequentemente, podemos concluir que existiu consentimento da Sociedade A, da Sociedade B e da Sociedade C para que fossem transmitidas as dívidas e com ela a convenção de arbitragem emergente do contrato celebrado.

Em qualquer dos casos, devemos notar, a Sociedade A consentiu na convenção de arbitragem e na cessão de que esta foi objecto.

Por outro lado, também podemos chamar à colação o regime jurídico relativo à transmissão das garantias e dos acessórios do contrato original. De facto, o art. 599.º do Código Civil dispõe que a cessão de dívidas (ou a assunção de dívidas), salvo acordo em contrário, implica a transmissão de todas as garantias e de todos os acessórios da obrigação principal e que não sejam inseparáveis da pessoa do antigo devedor. Esta disposição leva Jorge Morais de Carvalho e Mariana França Gouveia a concluir que a convenção de arbitragem, em princípio, seguirá o caminho da dívida transmitida a menos que as partes estipulem diversamente

ou que a interpretação da convenção de arbitragem leve à conclusão de que esta cláusula não é separável da pessoa do antigo devedor (ou seja, se se concluir que a convenção de arbitragem é “*intuitu personae*”)(⁵²) Esta opinião é também seguida por José Lebre de Freitas(⁵³) e por Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão(⁵⁴).

29. Quanto ao regime jurídico aplicável à transmissão ou assunção de dívidas, tem-se entendido que a cláusula compromissória segue aquela transmissão.

Há que reconhecer que não é muito claro se, ao proceder à transmissão ou assunção de dívida, a Sociedade B e a Sociedade C — e subsequentemente a Sociedade A — tiveram a intenção de exonerar a Sociedade B da obrigação de pagamento das comissões (é a chamada “assunção liberatória de dívida”) ou se, pelo contrário, pretenderam que esta última permanecesse vinculada a tal pagamento (“assunção cumulativa de dívida”)(⁵⁵).

Se as partes pretenderam exonerar a Sociedade B, seria demasiado ousado pretender que a cláusula compromissória não se transmitira para o “assuntor” juntamente com a dívida transmitida. O regime jurídico acima citado leva à conclusão de que uma transmissão de dívida implica a transmissão para o dito assuntor de todas as garantias e acessórios e a cláusula compromissória deve incluir-se entre estes.

Contudo, se as partes não pretenderam a exoneração do devedor originário (Sociedade B) — assim criando uma assunção cumulativa de dívidas — a transmissão da convenção de arbitragem até poderia tornar-se mais duvidosa. Mas, em tal caso, teríamos forçosamente de vislumbrar ali a tal “realidade

(⁵²) *Idem*, pp. 116 e 117.

(⁵³) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *apud*. *Intervenção de Terceiros*, p. 192.

(⁵⁴) CARLA GONÇALVES BORGES E RICARDO NETO GALVÃO, *apud*. *A Extensão da Convenção de Arbitragem*, p. 125.

(⁵⁵) Este parece ser o cenário mais provável atendendo à expressão que ficou consignada na carta de instruções a que acima se fez referência: “sem prejuízo do contrato acima mencionado.” Contudo, também aqui não existe uma conclusão clara e inequívoca.

económica una” que constitui o pilar da teoria do “grupo de empresas”⁽⁵⁶⁾. Por força dessa assunção cumulativa, a Sociedade C, como assuntora da dívida, tornou-se ainda mais próxima daquela realidade económica una e, como tal, poderia invocar os benefícios resultantes dessa integração.

30. O Tribunal da Relação de Lisboa não decidiu o caso com base nesta doutrina mas, ao invés e como visto, enquadrou a questão na teoria do “grupo de empresas”.

O Supremo Tribunal de Justiça, pelo contrário, abordou o tema em disputa por esta segunda perspectiva, embora não o tivesse feito da forma mais correcta.

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que este acordo respeitava a uma cessão de créditos. Contudo, o objecto do dito acordo eram dívidas, não créditos: houve uma instrução da Sociedade B para a Sociedade A para que esta última “facturasse” à Sociedade C as comissões devidas ao abrigo do contrato entre aquelas duas primeiras celebrado e para que, consequentemente, a Sociedade C pagasse as ditas comissões à Sociedade A. Como se vê, a mudança ocorre em relação à pessoa do devedor, não em relação ao credor⁽⁵⁷⁾.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal de Justiça poderia ter encarado este acordo de cessão em conformidade com a perspectiva daquilo que é o entendimento comum da doutrina estrangeira (e também doméstica) da arbitragem comercial.

Mesmo que o acordo de cessão respeitasse a “créditos” (e não a dívidas) emergentes do contrato originário, outra abordagem poderia ter permitido a extensão da convenção de arbitragem. Com efeito, usando o mesmo raciocínio que acima se relatou a propósito da transmissão ou assunção de dívidas, Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia julgam que, quanto mais não fosse por analogia, a cessão de um crédito implica a transmissão da conven-

⁽⁵⁶⁾ Cf. EMMANUEL GAILLARD E JOHN SAVAGE, *apud. Fouchard Gaillard Goldman*, p. 285.

⁽⁵⁷⁾ Cf., a este propósito, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, p. 361, Almedina, 7.^a ed., 2007.

ção de arbitragem que exista na relação jurídica a que o crédito transmitido respeita⁽⁵⁸⁾.

Uma vez mais, uma análise “prima facie” da convenção de arbitragem e do litígio configurado pelas partes (em especial, as alegações dos réus no que respeita à excepção de preterição de tribunal arbitral) deveria ter levado à conclusão de que existia um vislumbre da conectividade que é necessária (mas também suficiente) verificar-se entre a parte terceira e a cláusula compromissória para se operar a extensão desta.

31. Poder-se-ia dizer que seria necessário apurar mais factos para permitir uma decisão mais sustentada sobre esta questão da extensão da cláusula compromissória a terceiros. A premissa pode até ser certa. Contudo, e em qualquer dos casos, a verdade é que essa decisão deveria ter sido relegada para a entidade com competência específica na matéria. E essa entidade era o tribunal arbitral. Porque, mais uma vez, não existia ali uma convenção de arbitragem que fosse manifestamente inválida, ineficaz ou inoperável. Não sendo manifestos tais vícios, o tribunal deveria ter remetido as partes para arbitragem.

Parece-me, assim, que tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça foram precipitados nas suas decisões.

VII. Comentário final

32. Em resumo, citarei as preocupações manifestadas por Albert van den Berg a propósito do problema dos litígios multi-partes e do envio das partes para a arbitragem:

“Dois aspectos da Convenção são, contudo, relevantes ... [E]m primeiro lugar, a possibilidade de sentenças judiciais ou decisões arbi-

⁽⁵⁸⁾ JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *apud. Arbitragens Complexas*, pp. 117-118.

trais contraditórias sobre casos relacionados deve levar a não considerar o acordo de arbitragem como “inefícaz” ou “incapaz de ser executado”. Segundo, o carácter imperativo do envio para a arbitragem ao abrigo do Art. II(3) sobrepõe-se à regra que possa existir na lei do foro, tal como acontece em Itália, segundo a qual, se uma ação for instaurada em tribunal judicial, a última absorve a competência do árbitro”^(59/60).

No que toca à extensão da cláusula compromissória a uma sociedade pertencente ao grupo da parte signatária do contrato do qual emerge a dita cláusula, no que toca ao envio das partes para a arbitragem, os tribunais adoptaram uma visão restritiva da regra imperativa constante do Art. II da Convenção de Nova Iorque de 1958. Na verdade, os tribunais superiores desconsideraram o que pode ser entendido como um *vislumbre* da conectividade entre a convenção de arbitragem, o litígio, a operação económica no seu todo e as partes envolvidas. Além disso, desconsideraram que esse *vislumbre* poderia ser não só o elo necessário mas também o suficiente para remeter as partes para a arbitragem.

Tal seria o suficiente para decidir pela existência e validade “prima facie” da convenção de arbitragem e, consequentemente, para vincular todas as partes aos termos da mesma (excepto a Sociedade D que, manifestamente, nada teve a ver com a situação litigiosa), remetendo-as para a arbitragem.

⁽⁵⁹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *apud*. *The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 168.

⁽⁶⁰⁾ No original: “Two aspects of the Convention are, however, relevant ... firstly, the possibility of conflicting awards or court decisions in related cases must be deemed not to render the arbitration agreement “inoperative” or “incapable of being performed”. Secondly, the mandatory character of the referral to arbitration under Article II(3) supercedes the rule which may exist under the law of the forum, like in Italy, that if a related case is brought before the court, the latter absorbs the competence of the arbitrator.”