

Pedidos entre Demandados na Arbitragem: Notas sobre Evoluções Recentes a Partir do Direito Português

MATILDE LÍBANO MONTEIRO

Advogada, Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, SP RL.

RESUMO: o presente artigo aborda a admissibilidade dos pedidos deduzidos entre demandados num mesmo processo arbitral, uma das questões processuais que se colocam no contexto arbitragens complexas – realidade constantemente crescente no contexto da arbitragem a nível internacional nas duas últimas décadas. Embora a generalidade das legislações nacionais de arbitragem seja (ainda?) omissa quanto à admissibilidade e ao regime dos pedidos deduzidos entre demandados, diversas instituições de arbitragem passaram a regular expressamente esta questão nas mais recentes versões dos seus regulamentos, denotando a sua crescente relevância teórico-prática. O que se pretende neste texto é fazer um percurso breve pelas diversas pistas e critérios de auxílio à decisão sobre a admissibilidade dos pedidos deduzidos entre demandados, tomando como ponto de partida o ordenamento jurídico português.

ABSTRACT: this article addresses the admissibility of cross-claims (meaning the claims filed against co-respondents) in a given arbitration, which is one of the several procedural issues which often arise in the context of complex arbitrations – a constantly growing reality in international arbitration in the last two decades. Although national legislations on arbitration are (yet?) generally silent on the admissibility and framework of cross-claims, several arbitration institutions expressly address the topic in the most recent version of their rules, showing its growing theoretical and practical relevance. The goal of this text is thus to undertake a brief tour on the several insights and criteria which can support the decision on the admissibility of cross-claims, on the basis of the Portuguese legal system.

SUMÁRIO: I – Colocação do problema e delimitação do objeto do artigo; II – Pedidos entre demandados: estado da arte nas legislações nacionais e nos regulamentos das principais instituições de arbitragem; A) As legislações de arbitragem voluntária, em particular o caso português; B) Os principais regulamentos de instituições de arbitragem – Posição tradicional e desenvolvimentos recentes; III – Decisão sobre a admissibilidade do pedido entre demandados: que critérios?; A) Admissibilidade, em abstrato, dos pedidos entre demandados em arbitragem *ad hoc* ao abrigo da LAV; B) Critérios para a decisão, em concreto, sobre a admissibilidade dos pedidos entre demandados em arbitragem *ad hoc* ao abrigo da LAV; (i) A vontade das partes; (ii) Adequação do momento em que o pedido é deduzido; (iii) Juízo de oportunidade sobre a dedução do pedido; C) Arbitragem institucional ao abrigo da LAV.

I – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ARTIGO

A complexificação das realidades transacionais nas décadas recentes tem trazido ao contexto dos litígios arbitrais o desafio, cada vez mais frequente, das denominadas “*arbitragens complexas*” (expressão importada do inglês “*complex arbitrations*”)¹. De facto, apesar de ter sido *desenhada* para a resolução de

¹ Sem prejuízo da indicação concreta de doutrina que se fará ao longo do texto, *cfr.*, como obra de referência sobre o tema a nível internacional, HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multi-Issue and Class Actions*.

litígios bilaterais, a arbitragem tem sido confrontada com a necessidade de se adaptar à circunstância de os litígios serem, cada vez mais, fundados em múltiplos contratos e neles intervirem múltiplos demandantes ou demandados².

Entre as questões levantadas no âmbito das *arbitragens complexas*, com particular incidência nas duas últimas décadas, destaca-se o problema de saber se a Convenção de Arbitragem pode, ou não, e em que medida, estender-se a partes não signatárias da mesma³, bem como os diversos problemas que se levantam quando em uma arbitragem existem desde início, ou surgem na sua pendência, mais de duas partes (pluralidade subjetiva) ou na qual sejam cumulados diversos pedidos e/ou causas de pedir, por uma ou mais das partes contra qualquer das restantes (pluralidades objetivas).

No que respeita aos problemas processuais inerentes à multiplicidade de partes, as instituições de arbitragem e os Tribunais Arbitrais têm sido confrontados com a necessidade de responder a diversas questões, nomeadamente: (i) é permitido a um terceiro que intervenha no processo arbitral espontaneamente?; (ii) pode uma parte no processo – seja demandante ou demandado – chamar ao mesmo um terceiro?; (iii) como deve ser constituído o Tribunal Arbitral em caso de pluralidade de demandantes ou demandados, no respeito pelo princípio da igualdade de tratamento das partes?; (iv) pode um demandado apresentar um pedido contra um seu co-demandado no mesmo processo⁴?

As arbitragens multipartes representam um verdadeiro desafio à conceção clássica da arbitragem e, em particular, à raiz contratual da jurisdição arbitral⁵. Assentando este meio de resolução de litígios num acordo entre as partes para atribuir a um Tribunal Arbitral a competência para a resolução de litígios – por conseguinte afastando a tutela judicial estadual –, importa assegurar que a presença de cada uma das partes (e de todos os pedidos entre elas apresentados) no processo de arbitragem ocorre ao abrigo desse acordo⁶.

The Hague, Kluwer Law International, 2005. No Direito português, e entre muitos outros textos publicados sobre diversos ângulos do problema, o tratamento sistemático das questões levantadas pelas arbitragens complexas é feito por GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Almedina, 2014. p. 152 e ss.; p. 262 e ss.

2 A título ilustrativo, note-se que, de acordo com as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), em 2014, cerca de um terço dos processos iniciados junto daquela instituição correspondiam a processos multipartes (cfr. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 1 – 2014 ICC Dispute Resolution Statistics, p. 8).

3 Cfr., sobre esta temática, na doutrina internacional, e entre muitos outros, HANOTIAU, Bernard. *Op. cit.*, p. 139 e ss.; PARK, William W. Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma. *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford 2009. Ver também, na doutrina portuguesa, GOUVEIA, Mariana França. *Op. cit.*, p. 152 e ss.; BORGES, Carla Gonçalves; GALVÃO, Ricardo Neto. A extensão da convenção de arbitragem a não signatários. *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial (Intervenções)*, Almedina, 2013. p. 119 e ss.; SOUSA, Miguel Teixeira de. A intervenção de terceiros no processo arbitral. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2012, p. 159 e ss.

4 Cfr. HANOTIAU, Bernard. *Op. cit.*, p. 2-4.

5 Podem existir exceções à regra geral da raiz contratual da arbitragem, nomeadamente o caso particular da arbitragem necessária, prevista em certas leis como o meio de resolução de litígios obrigatório para determinada categoria ou tipo de litígios.

6 Cfr., na doutrina internacional, BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Fifth Edition. Oxford University Press, 2009. p. 149-150; na doutrina

O interesse – especialmente do ponto de vista prático – suscitado por todas estas questões também se tem feito sentir no ordenamento jurídico português⁷.

Este texto pretende, no entanto, abordar apenas a última das questões anteriormente enunciadas, relativa à admissibilidade de pedidos deduzidos entre demandados num mesmo processo arbitral. Parece-nos que, tendo recebido reduzida atenção por parte da doutrina – em particular da portuguesa –, tem, apesar disso, interesse teórico-prático autónomo.

O problema é próximo – mas não se confunde com – (d) o dos pedidos deduzidos pelo demandado contra um terceiro que não é parte na arbitragem, o qual o demandado pretenda chamar ao processo para esse efeito. De facto, embora sejam por vezes referidos conjuntamente – e ambos designados, por influência dos sistemas anglo-saxónicos, de *cross-claims*⁸ – enquanto os pedidos deduzidos pelo demandado contra um terceiro são tratados no quadro do instituto da intervenção de terceiros, crescentemente regulado em legislações nacionais de arbitragem e regulamentos de instituições de arbitragem um pouco por todo o mundo, a questão objeto deste texto refere-se antes à pluralidade de pedidos submetidos entre partes que sejam demandadas *ab initio* no processo.

A título ilustrativo do problema que se pretende tratar, imagine-se que determinada parte num contrato – que inclua uma Convenção de Arbitragem – inicia uma arbitragem contra as suas contrapartes, pretendendo obter destas uma indemnização por alegado incumprimento contratual pelo qual sejam solidariamente responsáveis, nos termos do contrato e/ou da lei. Caso o Tribunal Arbitral condene solidariamente os demandados, coloca-se a questão de saber se, e em que termos, podem deduzir pedidos entre si, de modo a resolver defi-

portuguesa, GOUVEIA, Mariana França. *Op. cit.*, p. 262; BORGES, Carla Gonçalves; GALVÃO, Ricardo Neto. *Op. cit.*, p. 119.

7 Ver, na doutrina portuguesa (indicação não exaustiva, refletindo a maior parte das obras ainda sobre o ordenamento jurídico português anterior à LAV de 2011): CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem* – Comentário à Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015. p. 144-147, 270-273, 322-343; 489; GOUVEIA, Mariana França. *Op. cit.*, p. 262 e ss.; GOUVEIA, Mariana França; CARVALHO, Jorge Morais. Arbitragens complexas – Questões materiais e processuais. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2011, p. 11-161; FREITAS, José Lebre de. Intervenção de terceiros em processo arbitral. *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2010. p. 183-198; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Op. cit.*, p. 159 e ss.; SILVA, Manuel Botelho da. Pluralidade de partes em arbitragens voluntárias. In: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, v. II, 2002. p. 499-538; CAMELO, António Sampaio. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de maio de 2004. *RDES*, a. 45, n. 4, p. 340-351, 2004; BORGES, Carla Gonçalves. Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, n. 13, p. 109-153, 2006; CARDOSO, Miguel Pinto; BORGES, Carla Gonçalves. Constituição do Tribunal Arbitral em arbitragens multipartes. *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*. Coimbra: Almedina 2010. p. 139-149; CARVALHO, Daniel Proença de; GONÇALVES, António Abreu. A apensação de processos arbitrais. *V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 181-195.

8 Com comentários relativos à terminologia da figura da *cross-claim*, ver WIRTH, Markus. *Cross-claims in Arbitration*. Disponível em: <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/ICC22ndAAS_01.pdf>, p. 1-2. Embora a designação conceptual não seja totalmente unívoca, o termo *cross-claim* tem vindo a ser utilizado, de forma cada vez mais uniforme, para significar (i) os pedidos apresentados pelo demandado contra um co-demandado e (ii) os pedidos apresentados pelo demandado contra um terceiro que queira chamar à arbitragem para esse efeito.

nitivamente, no âmbito do mesmo processo arbitral, a repartição da responsabilidade que lhes tenha sido assacada pelo demandante.

Num exemplo distinto, já não relacionado com responsabilidade solidária, imagine-se a situação de um empreiteiro que, no contexto de uma empreitada de construção de edifício, é obrigado, no final da obra, a suportar a correção de defeitos no sistema de refrigeração do edifício. Imagine-se também que, inconformado, inicia uma arbitragem contra dois dos seus subempreiteiros, ao abrigo de Convenção de Arbitragem constante de contrato celebrado entre os três, por entender ser-lhe devida indemnização pelos referidos subempreiteiros – um responsável pela produção e fornecimento do sistema, o outro, pelo projeto de engenharia do edifício – por responsabilidade conjunta pelos defeitos verificados. É possível que, no âmbito dessa arbitragem, o subempreiteiro responsável pela produção e pelo fornecimento do sistema pretenda também deduzir um pedido contra o outro subempreiteiro por danos que durante a instalação tenham sido causados ao sistema por si produzido e fornecido. Coloca-se a questão de saber se o pode fazer e se essa possibilidade se mantém caso o pedido tenha por base uma Convenção de Arbitragem diversa da que deu causa ao pedido inicial do empreiteiro⁹.

O que se pretende, assim, é indagar da admissibilidade e regime aplicável aos pedidos deduzidos entre demandados, particularmente à luz do Direito Arbitral português. A análise tem particular acuidade neste momento, uma vez que foram alterados diversos regulamentos a nível internacional – e também em Portugal –, que regulam agora expressamente a questão, e em que foi aprovada recentemente em Portugal, pela Lei nº 63/2011, de 11 de dezembro, uma nova Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”).

II – PEDIDOS ENTRE DEMANDADOS: ESTADO DA ARTE NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS E NOS REGULAMENTOS DAS PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM

A) AS LEGISLAÇÕES DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA, EM PARTICULAR O CASO PORTUGUÊS

A Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral) sobre Arbitragem Comercial Internacional, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1985 e alterada pela mesma em 4 de dezembro de 2006 (“Lei Modelo da Uncitral”), que inspirou diversas legislações nacionais de arbitragem, não faz qualquer referência à dedução de pedidos entre demandados. A generalidade das legislações nacionais de arbitragem, sejam ou não inspiradas na Lei Modelo da Uncitral – incluindo, como veremos em seguida, a legislação portuguesa –, são também omissas relativamente à possibilidade de serem deduzidos pedidos

9 Propondo exemplo semelhante, ver WIRTH, Markus. *Op. cit.*, p. 3.

entre demandados. Tal é o caso, por exemplo, da legislação francesa – Livro IV do Código de Processo Civil francês –, da legislação alemã – Livro 10 do ZPO alemão –, da legislação belga – Parte VI do Código de Processo Civil belga –, da LDIP suíça e das leis de arbitragem brasileira, britânica ou espanhola.

O mesmo se diga relativamente à LAV portuguesa, aprovada no final de 2011 e assumidamente inspirada na Lei Modelo da Uncitral¹⁰. Não obstante ser uma legislação recente, com soluções modernas e inspiradas nas melhores práticas internacionais para alguns dos problemas levantados pelas arbitragens complexas – como, por exemplo, a constituição do Tribunal Arbitral nos casos de pluralidade de demandantes ou de demandados (*cfr.* art. 11) ou a intervenção de terceiros no processo (*cfr.* art. 36) –, a LAV é omissa quanto à dedução de pedidos entre demandados.

Refletindo sobre as possíveis causas desta omissão generalizada, parece-nos que se perfila, por um lado, a natureza (apesar de tudo) recente das arbitragens complexas¹¹ – sendo difícil prever, de um fôlego, as soluções para todos os problemas práticos que nestas se colocam – e, por outro lado, o facto de as legislações nacionais de arbitragem serem tradicionalmente minimalistas no que respeita à regulação de questões processuais, respeitando a génese contratual da arbitragem e deixando às partes, bem como, conseqüentemente, aos regulamentos das instituições de arbitragem e/ou aos próprios Tribunais Arbitrais, uma significativa margem de conformação das regras processuais aplicáveis ao processo.

Nesta medida, podemos concluir, desde já, que, na ausência de regime legal expressamente estabelecido para o efeito (e acordo das partes), a decisão de admissibilidade de determinado pedido deduzido entre demandados num processo arbitral caberá, em cada caso concreto, ao Tribunal Arbitral ou (pelo menos a título inicial) à instituição sob a égide da qual a arbitragem esteja a decorrer, consoante as regras aplicáveis.

Existem diversas pistas e diversos critérios de auxílio a esta decisão, que focaremos no capítulo seguinte. Antes disso, iremos, ainda, atentar no modo como as principais instituições de arbitragem têm abordado, através dos seus regulamentos, a questão do pedido entre demandados.

B) OS PRINCIPAIS REGULAMENTOS DE INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM — POSIÇÃO TRADICIONAL E DESENVOLVIMENTOS RECENTES

À semelhança do que ocorre relativamente às legislações nacionais de arbitragem, os regulamentos das principais instituições de arbitragem interna-

10 *Cfr.* VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Lei da Arbitragem voluntária anotada*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina/Direção da APA, 2015. p. 10.

11 Como se adiantou no início deste texto, o fenómeno começou a intensificar-se, a nível internacional, nas duas últimas décadas.

cional eram, até muito recentemente, também omissos quanto à possibilidade de dedução de pedidos entre demandados. No silêncio das regras (e na ausência de acordo das partes), a competência para a tomada de decisão sobre a admissibilidade de um pedido desta natureza recairia, consoante os regulamentos, sobre a própria instituição ou sobre o Tribunal Arbitral.

No caso particular do Regulamento de Arbitragem da CCI, até a versão em vigor desde 1 de janeiro de 1998, a dedução dos pedidos entre demandados não era regulada, cabendo então à Corte Internacional de Arbitragem (“Corte”) fazer uma análise *prima facie* sobre a admissibilidade de um pedido deduzido por determinado demandado contra um seu co-demandado no processo arbitral¹². Neste contexto, e embora não se conheça o teor exato das decisões proferidas a esse tempo, é sabido que a Corte foi particularmente convicta, até ao final da década de 90 do século passado, na rejeição da admissibilidade dos pedidos entre demandados – bem como da intervenção de terceiros no processo –, propugnando uma interpretação restritiva do Regulamento face ao seu silêncio quanto a esta questão e fundamentando a sua posição nos “*problemas insuperáveis*” que surgiriam na administração dos processos caso tais pedidos fossem aceitos¹³.

A tendência restritiva quanto à admissibilidade destes pedidos – e em geral quanto às questões relativas às arbitragens complexas – começou, no entanto, a esbater-se no início da década de 2000, tendo a jurisprudência da Corte evoluído de tal modo nesta matéria¹⁴ que, na sua versão mais recente, em vigor desde 1 de janeiro de 2012, o Regulamento da CCI passou a prever expressamente a possibilidade da dedução de pedidos por qualquer parte contra qualquer outra parte no processo, desde que efetuada até a assinatura dos *Terms of Reference* (Ata de Missão)¹⁵. O Regulamento esclarece ainda que esses pedidos – incluindo os deduzidos entre demandados – podem ter por base uma Convenção de Arbitragem diversa da que serviu de base ao pedido do demandante¹⁶, ficando a sua admissibilidade definitiva sujeita, em regra, à

12 Cfr. art. 8(3) do Regulamento da CCI, na versão em vigor a partir de 1 de janeiro de 1988, e art. 6(2) do mesmo Regulamento, na versão em vigor a partir de 1 de janeiro de 1998.

13 Cfr. SILVA-ROMERO, Eduardo. Brief Report on Counterclaims and Cross-Claims: The ICC Perspective. *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium*, Reports of the International Colloquium of CEPANI, October 15, 2004, Bruxelas: Bruylant, 2005. p. 73 e ss.; criticando esta posição tradicional da Corte, cfr. DERAIS, Yves. SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration (first reprint)*. Kluwer Law International, 1998. p. 73-74.

14 Cfr., para uma descrição dos primeiros casos de alteração da jurisprudência da Corte, SILVA-ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*; e WHITESELL, Anne Marie; SILVA-ROMERO, Eduardo. Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience. *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Complex Arbitrations – Special Supplement*, 2003. p. 7 e ss. Reportando a experiência da CCI nos anos imediatamente anteriores à entrada em vigor do Regulamento de 2012, GREENBERG, Simon, FERRIS, José Ricardo, ANBANESI Christian. *Consolidação, Integração, pedidos Cruzados (Cross Claims), Arbitragem Multiparte e Multicontratual, A recente experiência na Câmara de Comércio Internacional (CCI)*, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 8, 28, Janeiro-Março 2011.

15 Cfr. art. 8º, nº 1, do Regulamento da CCI. Depois desse momento, a admissibilidade dos pedidos fica sujeita à apreciação e autorização do Tribunal Arbitral. Sobre a admissibilidade dos pedidos entre demandados no âmbito do Regulamento da CCI de 2012, ver FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Publication No. 729E, 2012 Edition, p. 27, 91, 105, 369.

16 Cfr. art. 9º, nº 1, do Regulamento da CCI.

decisão do próprio Tribunal Arbitral, e sendo submetida à análise *prima facie* da Corte apenas nos casos em que o Secretário-Geral entenda que essa análise deve ter lugar¹⁷. Os critérios da referida análise *prima facie* estão expressamente previstos no Regulamento¹⁸, devendo a Corte decidir que a arbitragem deverá prosseguir em relação aos diversos pedidos caso esteja convencida de que as convenções de arbitragem com base nas quais os referidos pedidos foram apresentados são “compatíveis” e de que da mesma decorre o acordo entre as partes para a decisão conjunta de tais pedidos, num único processo¹⁹.

Em clara evolução face à versão anterior, o Regulamento da CCI passou assim a regular expressamente a dedução de pedidos entre demandados, admitindo de forma expressa um amplo âmbito de competência da jurisdição arbitral em arbitragens multipartes, não necessariamente fundada em uma Convenção de Arbitragem comum a todos os pedidos.

No mesmo sentido, o Regulamento de Arbitragem da Uncitral²⁰, que sofreu uma revisão aprofundada em 2010, passou a regular a dedução de pedidos entre demandados, o que antes não ocorria. Aliás, de forma mais genérica, prevê os pedidos dirigidos pelo demandado a qualquer parte no processo que não o demandante na alínea *f*) do nº 2 do art. 4º, dedicada à Resposta ao Requerimento de Arbitragem.

Denotando uma evolução semelhante, o Regulamento de Arbitragem da *London Court of International Arbitration* (“LCIA”), antes omissivo quanto a este aspecto, passou a regular expressamente, na sua versão mais recente, em vigor desde 1 de outubro de 2014, a submissão de pedidos entre demandados (e também entre demandantes), atribuindo ao Tribunal Arbitral, nesses casos, um especial poder de conformação da fase escrita do processo (*cfr.* art. 15.6 do Regulamento de Arbitragem da LCIA)²¹.

Em Portugal, os dois centros de arbitragem comercial com maior atividade também procederam recentemente à alteração dos respetivos regulamentos.

17 *Cfr.* art. 6º, nº 3, do Regulamento da CCI.

18 *Cfr.* art. 6º, nº 4 (ii), do Regulamento da CCI.

19 Sobre os critérios estabelecidos pelo art. 6º, nº 4, para a admissibilidade *prima facie* dos pedidos pela Corte, ver FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *Op. cit.*, p. 73-86. António Sampaio Caramelo, em comentário sobre este conceito de “compatibilidade”, refere também que “os comentadores dos regulamentos da CCI costumam considerar, para este efeito, como incompatíveis (i) as Convenções de Arbitragem que designem sedes de arbitragem diferentes, (ii) que prevejam diferentes números de árbitros e (iii) que prevejam diferentes métodos de constituição do Tribunal Arbitral; não são, em contrapartida, consideradas incompatíveis as convenções que escolham direitos aplicáveis ao fundo da causa ou línguas do processo diferentes” – *cfr.* CAMELO, António Sampaio. Da condução do processo arbitral – Comentário aos artigos 30 a 38 da Lei da Arbitragem Voluntária. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 73, p. 703, abr./set. 2013.

20 Tendo presente que a Uncitral não é uma instituição de arbitragem, pareceu-nos, no entanto, indicado abordar o respetivo regime neste capítulo para facilidade de exposição.

21 O art. 15 da anterior versão do Regulamento de Arbitragem da LCIA, aprovado em 1998, previa apenas a possibilidade de serem submetidos “*counterclaims*” (pedidos reconventionais) pelo demandado contra o demandante.

A alteração ao Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (“Regulamento do CAC”), com sede em Lisboa, entrou em vigor no dia 1 de março de 2014. Nesta versão, certamente recolhendo inspiração nas alterações verificadas a nível internacional nos regulamentos anteriormente enunciados, particularmente no Regulamento da CCI, o Regulamento do CAC regula expressamente a dedução de pedidos entre demandados, admitindo-os desde que (i) o respetivo objeto se encontre abrangido pela Convenção de Arbitragem na qual se funda o pedido inicial do demandante; ou (ii) se encontre abrangido “*por convenção de arbitragem compatível*” com a referida Convenção de Arbitragem “*e as circunstâncias do caso revelem que, no momento da celebração das Convenções de Arbitragem, todas as partes aceitaram que o mesmo processo arbitral pudesse decorrer com a presença de todas elas*” (cfr. art. 21, nº 2, do Regulamento do CAC²²).

O art. 21 do Regulamento do CAC salvaguarda, ainda, a possibilidade de o Tribunal Arbitral excluir a admissibilidade do pedido “*se entender que essa admissão causa perturbação indevida no processo*”, mas apenas nos casos em que o objeto dos pedidos deduzidos pelo demandado não se encontra abrangido pela mesma Convenção de Arbitragem em que funda o Requerimento de Arbitragem. Nos restantes casos – *i.e.*, nos casos em que o pedido entre demandados se funda na mesma Convenção de Arbitragem que o pedido do demandante –, parece assim estar excluída a possibilidade de o Tribunal fazer um juízo quanto à oportunidade dos pedidos entre demandados, estando adstrito a aceitá-los.

A alteração ao Regulamento de Arbitragem do Instituto de Arbitragem Comercial (“Regulamento IAC”), com sede no Porto, entrou em vigor em 1 de junho de 2015. No mesmo sentido que o Regulamento do CAC, este Regulamento regula agora expressamente o regime de dedução de pedidos entre demandados, prevendo, no entanto, como “*pressuposto da sua admissão*” que o objeto desses pedidos “*se encontre abrangido pela mesma Convenção de Arbitragem que subjaz ao Requerimento de Submissão a Arbitragem*” (cfr. art. 8º, nºs 2 e 3, do Regulamento do IAC).

É certo que, apesar destas alterações, uma parte dos principais regulamentos institucionais de arbitragem se mantém ainda silenciosa relativamente à questão dos pedidos deduzidos entre demandados – falamos, por exemplo, do Regulamento da *American Arbitration Association*, do Regulamento da *Stockholm Chamber of Commerce*, do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional ou, no Brasil, quer do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM Brasil, quer do Regulamento do Centro de Arbitragem e

22 Cfr. MACHADO, Soares; GOUVEIA, Mariana França (Org.). *Resolução alternativa de litígios, regulamento de arbitragem do centro de arbitragem comercial (anotado)*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 218-220.

Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Não obstante, as alterações recentes aos regulamentos antes indicados são suficientes para demonstrar que as instituições de arbitragem, constantemente confrontadas com a necessidade de dar resposta aos problemas concretos que surgem na administração de processos arbitrais, têm sentido a necessidade crescente de regular os pedidos submetidos fora da lógica bipolar tradicional da arbitragem – entre eles, nomeadamente o pedido entre demandados.

III – DECISÃO SOBRE A ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO ENTRE DEMANDADOS: QUE CRITÉRIOS?

A raiz contratual da jurisdição arbitral tem como consequência fundamental a atribuição às partes de uma ampla margem de conformação das regras aplicáveis ao processo arbitral. Nesta medida, dir-se-á que, uma vez deduzido um pedido entre demandados num processo arbitral, se todas as partes se puserem de acordo relativamente à sua discussão e julgamento no âmbito do processo em causa, não há motivo para o pedido não ser admitido pelo Tribunal Arbitral. Este acordo pode, no entanto, não ocorrer²³. Nesse caso, cabe indagar se, em termos gerais e abstratos, um pedido desta natureza é admissível.

Tomando o ordenamento jurídico português como ponto de partida para esta análise, já vimos que a LAV – à semelhança da generalidade das legislações conhecidas de arbitragem voluntária – não regula expressamente a questão. Nesta medida, cabe aos Tribunais Arbitrais decidir, em cada caso concreto, sobre a admissibilidade de um pedido deduzido entre demandados.

O enquadramento de tal decisão pode variar, desde logo, consoante a arbitragem em causa seja uma arbitragem *ad hoc* ou uma arbitragem institucional – especialmente se as regras da instituição escolhida pelas partes para administrar a arbitragem regularem expressamente a dedução de pedidos entre demandados, como é o caso, em Portugal, dos Regulamentos do CAC e do IAC. Analisaremos de seguida uma e outra hipótese, começando pela arbitragem *ad hoc*.

A) ADMISSIBILIDADE, EM ABSTRATO, DOS PEDIDOS ENTRE DEMANDADOS EM ARBITRAGEM *AD HOC* AO ABRIGO DA LAV

Estando em causa um problema de âmbito processual, não encontramos motivo para excluir, em abstrato, a admissibilidade dos pedidos deduzidos entre demandados ao abrigo de uma lei de arbitragem omissa quanto à questão, como é o caso da LAV. Com efeito, é mais uma vez a raiz contratual da jurisdição arbitral que impõe que a análise da admissibilidade seja dirigida, antes de

23 Entre outros motivos, o demandante pode querer evitar a morosidade, o custo e a complexidade acrescidos que o novo pedido traz ao processo, ou o demandado a quem é dirigido o novo pedido pode entender que é mais benéfico para a defesa da sua posição discutir aquela questão noutro processo, *longe da vista* do demandante.

mais e principalmente, à Convenção de Arbitragem acordada entre as partes e à sua vontade relativamente ao julgamento dos pedidos entre demandados em conjunto com o pedido inicial do demandante. Por esse motivo, não parece que o silêncio da lei possa significar a proibição, *tout court*, destes pedidos, cabendo antes ao Tribunal arbitral aferir, no caso concreto, qual tenha sido a vontade das partes, expressa na Convenção de Arbitragem.

Parece difícil defender uma posição mais formalista, que questione à partida e em abstrato a admissibilidade destes pedidos com fundamento no silêncio da LAV, desde logo porque tal raciocínio suscitaria dúvidas sobre a legalidade das regras que atualmente já constam de regulamentos de instituições de arbitragem portuguesas, as quais devem obedecer ao disposto na LAV e regulam expressamente a dedução destes pedidos²⁴. E não se nos afigura que essa seja a melhor interpretação do silêncio da lei.

A LAV, aliás, contém disposições que regulam pedidos deduzidos por demandados contra outras partes processuais – em particular, o pedido reconvenicional, dirigido pelo demandado ao demandante, ou o pedido dirigido pelo demandado a terceiro contra quem possa ter direito de regresso em consequência da procedência, total ou parcial, do pedido do demandante²⁵. Não anteve-mos que motivos se poderiam perfilar para estes pedidos serem admitidos em abstrato, e o mesmo não ocorrer com os pedidos entre demandados.

Estas disposições, por sua vez, contêm critérios que podem auxiliar o intérprete (v.g., o Tribunal Arbitral que seja colocado na posição de decidir, em uma arbitragem *ad hoc*, sobre a admissibilidade de um pedido deduzido entre demandados) na decisão sobre a admissibilidade no caso concreto e regime a aplicar à dedução destes pedidos. Focaremos estes aspetos na secção seguinte.

No limite, e procurando sossegar eventuais ceticismos quanto à admissibilidade, em abstrato, destes pedidos, sempre se diria que esta é uma situação que poderia ser resolvida mediante a integração de lacuna da lei, por aplicação analógica, em primeira mão, do regime previsto na LAV para o pedido reconvenicional, mas também, em certa medida e como veremos, do regime previsto para a intervenção de terceiros²⁶.

B) CRITÉRIOS PARA A DECISÃO, EM CONCRETO, SOBRE A ADMISSIBILIDADE DOS PEDIDOS ENTRE DEMANDADOS EM ARBITRAGEM *AD HOC* AO ABRIGO DA LAV

Estabelecida a admissibilidade, em abstrato, dos pedidos entre demandados, é útil enunciar, à luz da LAV, os critérios que, de acordo com a doutrina

24 Cfr. art. 21, nº 2, do Regulamento do CAC e art. 8º, nºs 2 e 3, do Regulamento do IAC.

25 Estão previstos, respetivamente, no art. 33, nº 4, e no art. 36, nº 3, alínea d, da LAV.

26 Cfr. art. 10, nº 1 e 2 do Código Civil português, que regula a integração de lacunas da lei por aplicação analógica. Ainda sobre este ponto, em particular sobre a analogia "*iuris*", cfr. TELLES, Inocência Galvão. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. (reimp.). v. I. Coimbra: Almedina, 2001. p. 260 e ss.

internacional²⁷, são usualmente ponderados pelos Tribunais Arbitrais na decisão sobre a admissibilidade, em concreto, deste tipo de pedidos, na ausência de acordo entre as partes ou de regulação da questão em regras para as quais as partes hajam remetido por acordo.

(i) A vontade das partes

A mesma doutrina²⁸ aponta como primeiro critério a ponderar nesta decisão a interpretação da Convenção de Arbitragem, de modo a aferir se foi, ou não, vontade das partes admitir o julgamento destes pedidos entre demandados no mesmo processo em que é julgado o pedido inicial do demandante.

Neste contexto, importa notar que o regime do pedido reconvenicional estabelecido pela LAV – que nos parece ser o adequado a seguir, em primeira linha, para a análise do pedido deduzido entre demandados – prevê, no entanto, que “[o] demandado pode deduzir reconvenção, desde que o seu objeto seja abrangido pela Convenção de Arbitragem” (aquela que fundou a dedução do pedido inicial do demandante) (cfr. art. 33, nº 4).

Ora, a ponderação sobre se foi ou não vontade das partes admitir o julgamento dos pedidos entre demandados conjuntamente com o pedido inicial do demandante, no mesmo processo, quando feita à luz da LAV, levanta a questão de saber se um pedido deduzido entre demandados ao abrigo desta lei teria efetivamente de fundar-se, ou não, na mesma Convenção de Arbitragem que o pedido principal – limitação que, como vimos anteriormente, não se encontra no Regulamento de Arbitragem da CCI nem nos Regulamentos portugueses do CAC e do IAC.

A doutrina portuguesa já se insurgiu contra a interpretação literal desta regra da LAV, comentando-a a propósito do pedido reconvenicional. António Sampaio Caramelo, colhendo inspiração no Regulamento da CCI, entende que a dedução de reconvenção ao abrigo de Convenção de Arbitragem distinta daquela em que assentou o pedido do demandante também é admissível desde que ambas sejam “compatíveis” e caso seja possível estabelecer que todas as partes na arbitragem tenham acordado na decisão conjunta de tais pedidos – a denominada “*metaconvenção de arbitragem*”, nas palavras do autor²⁹.

Na mesma linha, Mariana França Gouveia entende que a norma prevista no art. 33, nº 4, da LAV é “*demasiado restritiva e sem razão [...] que o justifique*”. A autora defende, por isso, que se privilegie “*uma interpretação extensiva do preceito, admitindo pedidos reconvencionais mesmo quando não resultem da mesma Convenção de Arbitragem, desde que haja Convenção de*

27 Cfr. HANOTIAU, Bernard. *Op. cit.*, p. 177 e ss.; WIRTH, Markus. *Op. cit.*, p. 5-6; SILVA-ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*

28 Idem.

29 Idem, p. 703-704.

Arbitragem compatível". Conclui ainda que, mesmo "que não se interprete desta forma o preceito, é seguro dizer que a norma não é imperativa pelo que as regras institucionais [por exemplo da CCI, do CAC ou do CAC] são, obviamente, válidas"³⁰.

Somos sensíveis aos argumentos explanados por estes autores, nomeadamente pelo primeiro, pois, para além da *compatibilidade* das Convenções de Arbitragem, a exigência de uma convicção do decisor quanto ao acordo das partes para a decisão conjunta dos pedidos em causa já salvaguarda o risco que, segundo compreendemos, a LAV pretende acautelar ao prever que o objeto da reconvenção deve estar abrangido "*pela Convenção de Arbitragem*", que é o Tribunal Arbitral não ser colocado na posição de decidir pedidos relativos a matérias que as partes no processo não tenham acordado submeter à arbitragem. Parece-nos, no entanto, que não pode excluir-se, face à clareza da disposição legal, que um Tribunal Arbitral tenha entendimento contrário, não admitindo um pedido entre demandados fundado em Convenção de Arbitragem diversa daquela em que o demandante tenha fundado o seu pedido.

(ii) Adequação do momento em que o pedido é deduzido

Mais uma vez tomando por inspiração o regime previsto na LAV para o pedido reconvenicional, parece-nos que o pedido deduzido entre demandados deve constar da resposta ao pedido de submissão do litígio a arbitragem³¹ e ser desenvolvido na contestação a ser apresentada mais tarde pelo demandado em causa³². Sendo este pedido e resposta também os momentos adequados para as partes indicarem o árbitro que queiram nomear³³, fica salvaguardada a inclusão do pedido entre demandados na definição do objeto do processo e o seu conhecimento por todas as partes antes da constituição do Tribunal Arbitral, assim permitindo que as designações dos árbitros pelas partes (ou, nos casos aplicáveis, pelo tribunal estadual competente ou por terceiro a quem as partes tenham cometido por acordo esse encargo³⁴) tenham já por base a identificação do litígio em causa³⁵.

Parece-nos, de facto, importante que os árbitros tenham acesso de antemão a uma descrição sucinta do litígio sobre o qual terão de decidir, desde logo para poderem aferir com rigor da sua ligação ao mesmo, identificando situações de potencial ou efetivo conflito de interesses, mas também para avaliarem do seu conhecimento técnico específico dos assuntos em discussão e, bem assim, da sua disponibilidade para o julgamento e decisão da causa, tendo em conta a dimensão concreta das questões colocadas.

30 Cfr. GOUVEIA, Mariana França. *Op. cit.*, p. 264-265.

31 Cfr. art. 33, nº 1 da LAV.

32 Cfr. CAMELO, António Sampaio *Da condução...*, *cit.*, p. 694-695.

33 *Idem.*

34 Cfr. art. 10, nº 4 e 5 da LAV.

35 Cfr. CAMELO, António Sampaio *Da condução...*, *cit.*, p. 694-695.

(iii) Juízo de oportunidade sobre a dedução do pedido

Estando assente a competência do Tribunal Arbitral para o julgamento do pedido entre demandados e a regular dedução desse mesmo pedido, em momento anterior à constituição do Tribunal Arbitral, cabe refletir se, ao abrigo da LAV, o Tribunal Arbitral pode ainda fazer um juízo de oportunidade sobre a dedução do pedido entre demandados, que alguma doutrina internacional defende dever sempre ter lugar na ausência de regulação expressa desta matéria³⁶. Não nos parece uma questão de resposta simples, uma vez que o regime do pedido reconvenicional – que entendemos dever servir de inspiração primordial à dedução de pedidos entre demandados – não prevê este juízo.

O regime da intervenção de terceiros, por outro lado, prevê-o expressamente (art. 36, nº 3, da LAV³⁷), compreendendo-se que a sua *ratio* se funda nas dificuldades que a possível intervenção de um terceiro no processo, a todo o tempo, possa trazer à sua gestão por parte do Tribunal Arbitral – por exemplo, não fará sentido que essa intervenção seja admitida após a produção da prova ou quando a decisão arbitral esteja já a ser elaborada.

Ora, a dedução de pedidos entre demandados não pressupõe a entrada de terceiros no processo, devendo, aliás, ocorrer sempre antes da constituição do Tribunal Arbitral, como vimos anteriormente. Poder-se-á entender que traz, não obstante, algum grau de perturbação ao processo que o Tribunal deva ter poderes para evitar?

Não excluiríamos, à partida, esta prerrogativa do Tribunal Arbitral – recorrendo-se, para este efeito, à disposição relativa à intervenção de terceiros, prevista no art. 36, nº 3, LAV – uma vez que o pedido (ou os vários pedidos) que surja entre demandados dá origem, no fundo, a um novo processo, desencadeado dentro do processo inicial, no qual devem imperar todos os princípios essenciais dos processos arbitral, como o princípio do contraditório, da igualdade de armas entre as partes e da necessária oportunidade para cada uma das partes fazer valer os seus direitos³⁸, podendo a admissibilidade dos pedidos deduzidos entre demandados tornar o processo demasiado moroso e dispendioso, nomeadamente para as partes que não estejam envolvidas no referido pedido.

Nesta tomada de decisão, o Tribunal Arbitral ponderará, com certeza, os benefícios trazidos pela dedução do pedido – como a prevenção de uma futura decisão conflituante com a sua sobre o mesmo assunto, o facto de poder ter uma noção mais ampla e próxima da verdade relativamente ao litígio ou

36 Cfr. WIRTH, Markus. *Op. cit.*, p. 6.

37 Nos termos do art. 36, nº 3 “a admissão da intervenção depende sempre de decisão do Tribunal Arbitral [...]. O Tribunal Arbitral só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifiquem [...]” (destacado nosso).

38 Consagrados, no caso da LAV, no seu art. 30.

a poupança de custos em uma perspetiva geral, por evitar a duplicação de procedimentos – confrontando-os com as suas potenciais desvantagens – o processo poder trazer custos excessivos a quem esteja envolvido apenas em parte do litígio, podendo tornar-se também bastante mais complexo e, consequentemente, mais moroso e dispendioso para todas as partes envolvidas.

C) ARBITRAGEM INSTITUCIONAL AO ABRIGO DA LAV

A decisão do Tribunal Arbitral relativamente à admissibilidade de pedidos deduzidos entre demandados tem um enquadramento próprio nos casos em que a arbitragem em causa seja institucional, nomeadamente quando o regulamento do centro de arbitragem escolhido pelas partes para administrar a arbitragem regule expressamente a questão.

Como vimos, os dois principais centros de arbitragem em Portugal (CAC e IAC) alteraram os seus regulamentos recentemente, prevendo agora, expressamente, a dedução de pedidos entre demandados³⁹.

As normas que, em cada um dos regulamentos, disciplinam esta matéria são, naturalmente, válidas ao abrigo da LAV, e parece-nos claro que será conveniente às partes que pretendam resolver os seus litígios em Portugal e não hajam regulado os pedidos entre demandados na Convenção de Arbitragem, optarem pela arbitragem institucionalizada, nomeadamente a decorrer sob a égide do CAC ou do IAC, assim assegurando um maior grau de previsibilidade relativamente à admissão dos referidos pedidos⁴⁰.

O Regulamento do CAC limita, inclusivamente, como vimos anteriormente, o juízo de oportunidade do Tribunal Arbitral sobre a admissibilidade do pedido entre demandados aos casos em que este seja deduzido ao abrigo de Convenção de Arbitragem distinta daquela que fundou o pedido inicial do demandante, vinculando o Tribunal Arbitral a admitir o pedido deduzido entre demandados nas situações em que esteja em causa a mesma Convenção de Arbitragem.

Em jeito conclusivo, diremos que o tema da regulação dos pedidos entre demandados na arbitragem ganha relevância à medida que o número de arbitragens complexas aumenta, a nível global, e os regulamentos de algumas das principais instituições de arbitragem, confrontados com a realidade da administração dos processos, começam a prever e regular a dedução destes pedidos,

39 Cfr. art. 21 do Regulamento do CAC e art. 8º do Regulamento do IAC.

40 É certo que, tendo a arbitragem sede em Portugal, as partes podem ainda assim optar pela arbitragem institucionalizada mas recorrer ao regulamento de uma instituição estrangeira. Nesses casos, releva o modo como o regulamento em causa trate os pedidos entre demandados. Sobre este ponto, *cfr.* Secção B) do Capítulo II.

concedendo, de forma cada vez mais uniforme, a possibilidade de conformação do objeto do processo a todas as partes nele envolvidas.

A reflexão sobre a admissibilidade e o regime destes pedidos, em última análise a cargo dos Tribunais Arbitrais, é sempre marcada pela tensão entre o respeito pela configuração dada ao processo pelo demandante – assim se procurando não o tornar mais complexo, dispendioso e moroso para todas as partes envolvidas, *maxime* o próprio demandante e outras partes não abrangidas pelos pedidos entre demandados – e o tratamento conjunto e informado de todas as questões que se levantem no âmbito do litígio em causa, prevenindo decisões conflituantes sobre o mesmo assunto e promovendo, em uma perspectiva global, uma poupança de custos com a resolução do litígio em causa.