

# Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública

António Sampaio Caramelo

Advogado (“*Morais Leitão, Galvão Teles,  
Soares da Silva, Sociedade de Advogados, R.L.*”)

---

**SUMÁRIO:** Ancoragem da arbitragem numa ordem jurídica; A ordem pública material; O direito em vigor e os projectos de reforma da LAV; Contrariedade à a o. p. interna ou à o. p. internacional; Razões contra a admissão desta causa de anulação de sentenças arbitrais; Âmbito do controlo das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais; O Acórdão do STJ de 10.07.2008 e o comentário da doutrina

---

## ANCORAGEM DA ARBITRAGEM NUMA ORDEM JURÍDICA

I. Embora a resolução de litígios através de arbitragem não seja “ontologicamente” incompatível com a possibilidade de os tribunais estaduais re-apreciarem a decisão dos árbitros sobre o fundo da causa<sup>[1]</sup>, a grande maioria das leis nacionais reguladoras da arbitragem e quase todos os regulamentos de instituições que administram esta forma de resolução de litígios impedem que das sentenças arbitrais sejam interpostos recursos ordinários para os tribunais estaduais.

[1] Algumas legislações admitem-no, em determinados casos. Assim, perante da actual LAV portuguesa, as sentenças arbitrais são recorríveis para o Tribunal da Relação competente, se as partes não tiverem renunciado aos recursos. Solução idêntica era consagrada, no *NCPC* francês de 1981, para as sentenças proferidas em arbitragens internas. No direito italiano (art. 829-IV do *CPC* italiano), é sempre possível a impugnação da sentença arbitral “por violação das regras de direito relativas ao

mérito da controvérsia” nos litígios atinentes a (i) relações de trabalho subordinado estabelecidas com entidades privadas ou entes públicos que exercem actividades económicas; ou (ii) relações contratuais de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se traduzem em prestação de serviços de carácter duradouro; ou (iii) algumas figuras específicas do direito agrário. O *Arbitration Act* inglês (*section 69*), a menos que tenha havido acordo das partes em contrário, admite, com algumas importantes restrições, que uma parte possa interpor recurso da sentença arbitral para o tribunal estadual (*court*) sobre uma questão de direito emergente da sentença arbitral que haja aplicado direito inglês.

Esta solução é justificada pela presunção de que as partes, ao optarem pela arbitragem, quiseram que a decisão dos árbitros sobre o litígio fosse *final* (definitiva) e que os tribunais estaduais fossem afastados da resolução deste. Em apoio da irrecorribilidade e consequente definitividade (*finality*) das sentenças arbitrais, salienta-se que esta reforça as principais vantagens reconhecidas à arbitragem, nomeadamente, a *celeridade* na resolução do litígio e o facto de esta ser cometida a *decisores com reconhecida competência* para o efeito.

2. A definitividade da sentença arbitral, que tende a reduzir, muito significativamente, o controlo dos tribunais estaduais sobre o modo como os árbitros dirimiram o litígio que lhes foi submetido, sendo muito importante, não é um valor absoluto.

Qualquer arbitragem se desenrola no quadro de uma ordem jurídica que confere validade e eficácia jurídicas à convenção pela qual as partes atribuem a árbitros competência para decidirem os litígios suscitados entre elas.

Mesmo em relação às arbitragens que se qualificam como “internacionais” de acordo com critérios variados (a ligação das partes, do tribunal arbitral e/ou do objecto do litígio a mais do que uma ordem jurídica ou o facto de o objecto do litígio envolver interesses do comércio internacional), é largamente maioritário, na doutrina da especialidade, o entendimento de que todas se desenrolam sob a égide da ordem jurídica de um Estado.

A lei estadual que confere validade e eficácia jurídicas à convenção de arbitragem e também regula outros elementos essenciais do estatuto da arbitragem, como a arbitrabilidade do

[2] V., entre muitos outros autores, Redfern and Hunter on *International Arbitration* – Nigel Blackaby, Constantine Partasides, with Alan Redfern and Martin Hunter., 5<sup>th</sup> ed. 2009, Oxford University Press Oxford, p. 164: “Like a contract, an arbitration does not exist in a legal vacuum. It is regulated first by the rules of procedure that have been agreed or adopted by the parties and the arbitral tribunal. Secondly, it is regulated by the law of the place of arbitration. It is important to recognise at the outset—as even distinguished judges and commentators sometimes fail to do—that this dualism exists. For the most part, modern laws of arbitration are content to leave parties and arbitrators free to decide upon their own particular, detailed rules of procedure, so long as the parties are treated equally. Under these modern laws, it is accepted that the courts of law should be slow to intervene in an arbitration, if they intervene at all. Nevertheless, rules need the sanction of law if they are to be effective; and in this context the relevant law is the law of the place or seat of the arbitration. This is occasionally referred to as the ‘curial law’, generally by English lawyers, but is much more commonly known as the ‘*lex arbitri*’.”

[3] É de notar, porém, que a determinação de quais os aspectos do estatuto das arbitragens internacionais que caem no âmbito de aplicação da *lex arbitri* depende, em última análise, do que esta disponha sobre tais matérias. Por exemplo, embora a arbitrabilidade deva, em princípio, ser regulada pela *lex arbitri*, esta pode abdicar desta competência e aceitar que a matéria seja alternativamente regida por outras leis, tal como está consignado na lei suíça, na lei espanhola e no Projecto da Nova LAV apresentada pela Direcção da A.P.A.

litígio, a composição do tribunal arbitral, os requisitos a cumprir para que o processo arbitral possa qualificar-se como equitativo, a assistência que os tribunais estaduais devem prestar à arbitragem e o controlo destes sobre a regularidade da sentença arbitral – lei essa geralmente designada por *lex arbitri* (ou *lex arbitrii*)<sup>[2]</sup> – é, em princípio, a do lugar ou sede da arbitragem<sup>[3]</sup>.

Mesmo que se adira à tese dos autores que defendem<sup>[4]</sup> que, para se determinar do estatuto de uma arbitragem internacional (ou transnacional), se deve atender às pretensões de aplicação dos ordenamentos jurídicos dos vários Estados que tenham um interesse legítimo na regulação dessa arbitragem ou de um seu aspecto específico, não cabe dúvida de que os tribunais do Estado em que se situa a sede convencional da arbitragem (lugar da arbitragem) têm uma competência “primária” no que respeita à impugnação da sentença arbitral, podendo encontrar-se suporte para esta *communis opinio* quer na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958, quer na Lei Modelo UNCITRAL sobre a arbitragem comercial internacional, de 1985/2006, que, com pequenas alterações, foi até à data adoptada por cerca de setenta países.

[4] *Cfr.*, na doutrina portuguesa, Luís de Lima Pinheiro – *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, Coimbra, Almedina, pp. 517-583

[5] V., sobre esta matéria, entre muitos outros, *Redfern and Hunter – ob. cit.*, pp. 173-192

[6] “*Absolute Finality of Arbitral Awards*” – Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano I (2008), Coimbra, Almedina, p. 117.

[7] *Comparative Law of International Arbitration* – 2<sup>nd</sup> ed., 2007, London, Thomson/Sweet & Maxwell, p. 610 (citando, em concordância com a sua, a opinião de outros autores, como A. Bucher e Ch. Seraglini)

[8] Com escrevemos noutro lugar, “quaisquer que sejam os métodos utilizados para determinar os litígios que podem ser submetidos a arbitragem e aqueles em que isso é vedado, o que na generalidade do Estados se verifica é que essa linha divisória tem vindo a deslocar-se, com grande nitidez, no sentido do alargamento das categorias de controvérsias que podem ser resolvidas por árbitros. Na verdade, o princípio do *favor arbitrandum* domina, cada vez mais, a nível mundial, a determinação da arbitrabilidade dos litígios (“*Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*” - Revista de Arbitragem e Mediação - 2010, n.º 27, São Paulo, p. 133.

3. Dando como assente que nenhuma arbitragem se desenrola num vazio jurídico, sendo enquadrada, em princípio, pela lei do Estado em que está sediada<sup>[5]</sup>, é aos tribunais desse Estado que compete anular a sentença arbitral que a “*lex arbitri*” considere como não podendo ser aceite, por razões atinentes ao modo como o tribunal arbitral chegou a essa sentença ou à solução que por ela foi dada ao litígio.

Como escreveu Pierre Lalive, “não se pode esperar que os Estados reconheçam e assistam na execução das sentenças arbitrais, sem se reservarem um direito de supervisão e controlo sobre tais sentenças, na óptica da defesa de valores que considerem como fundamentais”<sup>[6]</sup>. Acresce que, como advertiram Jean-François Poudret e Sebastien Besson, “uma opinião demasiado restritiva em áreas tão sensíveis (como a da aplicação ou regras e princípios que integram a ordem pública internacional de um Estado) pode comprometer não só a efectividade das sentenças arbitrais mas até a arbitrabilidade nessas áreas. Os árbitros têm de responder não apenas à legítima expectativa das partes, mas também à dos Estados que lhes conferem o poder de decidirem até litígios em que o interesse geral está em causa”<sup>[7]</sup>.

Esta consideração é tanto mais de ponderar quanto é certo que, na generalidade das ordens jurídicas, o âmbito dos litígios que podem ser dirimidos por arbitragem tem vindo a ser muito significativamente ampliado<sup>[8]</sup>. Na verdade, muitos estudiosos da arbitragem, de reconhecida autoridade, têm salientado a correlação que deve existir entre o alargamento do campo da arbitrabilidade dos litígios e o reforço da necessidade do controlo da jurisdição estadual sobre o conteúdo da sentença proferida pelos árbitros, particularmente

[9] V. Jean-Baptiste Racine – *L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public* – 1999-L.G.P.J., Paris p. 553; Fouchard, Gaillard, Goldman – *On International Commercial Arbitration* – 1999, Kluwer Law International, p.925; Olivier Caprasse – *Les Sociétés et l'Arbitrage* – 2002, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, p. 110; Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – “*Arbitrability, Due Process and Public Policy under article V of the New York Convention*” – *Journal of International*

no que toca à sua conformidade com os princípios fundamentais que os Estados não podem tolerar que as partes derroguem e, conseqüentemente, não podem também permitir que sejam os árbitros ignorem<sup>[9]</sup>.

*Arbitration*, Vol. 25, No. 6, December 2008, p. 738 (em que são também citados, como subscrevendo esta ideia, Eric Loquin, Thomas Carbonneau e William Park).

## A ORDEM PÚBLICA MATERIAL

4. Importa identificar, tanto quanto possível, o conteúdo da noção de “ordem pública” que releva no contexto da impugnação de sentenças arbitrais visando a sua anulação.

A ordem pública é uma cláusula geral ou conceito indeterminado<sup>[10]</sup>, semelhante a outros (boa fé, bons costumes, moral, justiça, equidade) a que o legislador frequentemente recorre e de que os sistemas jurídicos sofisticados não prescindem. Tal como acontece com outros conceitos indeterminados, também o de “ordem pública” tem de ser densificado ou integrado pela jurisprudência, com o auxílio da doutrina, conferindo-se-lhe conteúdo preceptivo que o habilite a auxiliar as normas de carácter casuístico na regulação das situações concretas<sup>[11]</sup>.

Para Carlos da Mota Pinto, a ordem pública era “o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas,

[10] O que significa que “ele não faculta uma imediata apreensão quanto ao seu conteúdo normativo” (António Meneses Cordeiro – *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., 2005, Coimbra, Almedina, p. 700. Sublinhando também que a ordem pública tem a natureza de conceito indeterminado (susceptível de preenchimento mutável no tempo, em função das concepções dominantes de cada época, reveladas pela jurisprudência), v. Carlos Ferreira de Almeida – *Contratos II* – 2007, Coimbra, Almedina, p. 233, nota 474.

[11] Sobre a imprescindibilidade da função desempenhada, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, pelos conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, v. João Baptista Machado – *Introdução ao Discurso Legitimador* – 1991, Coimbra, Almedina, pp. 113-120.

[12] *Teoria Geral do Direito Civil*, 3<sup>o</sup> ed, 1992, Coimbra, Coimbra Editora, p. 551.

[13] *Lições de Direito Internacional Privado*, 1974, Atlântida, Coimbra, p. 254. O aditamento do adjectivo “interna” à definição de “ordem pública” proposta por este autor, explica-se pela sua preocupação (natural, dado o objecto da obra em que essa definição foi incluída) em distinguir esta noção de ordem pública de direito material da “reserva ou excepção de ordem pública” (ordem pública de direito internacional privado) a que se reportam o art. 22<sup>o</sup> do Código Civil e o art. 1096, f) do Código do Processo Civil. Voltaremos adiante, à distinção entre *ordem pública material* e *ordem pública de direito internacional privado*.

[14] *Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral - Tomo I*, 3<sup>a</sup>ed., 2005, Coimbra, Almedina, pp. 710-712.

princípios esses que não são susceptíveis de uma catalogação exaustiva, até porque a ordem pública é variável com os tempos”<sup>[12]</sup>.

Semelhante, mas mais desenvolvida, era definição de João Baptista Machado: “em direito interno costumam qualificar-se como de *ordem pública* (ordem pública interna) aquelas normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre elas se alicerçando a ordem económica e social, pelo que são interrogáveis pela vontade dos indivíduos. Serão, assim, de ordem pública, entre outras, aquelas normas que estabelecem a regras fundamentais da organização económica, as que visam garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e incapazes, as que respeitam à organização

da família e ao estado das pessoas, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc.”<sup>[13]</sup>.

Segundo António Menezes Cordeiro, “a ordem pública constitui um factor sistemático de limitação da autonomia privada. Podemos alcançá-la através de considerações muito simples. A autonomia privada é limitada por normas jurídicas imperativas. Todavia o sistema não inclui apenas normas, a retirar das fontes por interpretação: ele abrange, antes, também, princípios a construir pela Ciência Jurídica. Tais princípios correspondem a vectores não expressamente legislados, mas de funcionamento importante, podendo ser injuntivos”<sup>[14]</sup>.

Por seu turno, para Carlos Ferreira de Almeida, “a ordem pública pode definir-se como o conjunto de princípios de um sistema jurídico, estabelecidos em função da protecção de interesses públicos fundamentais. São portanto contrários à ordem pública os factos

ou situações intoleráveis perante princípios determinados por interesses sentidos pela comunidade como fundamentais”<sup>[15]</sup>,

Em linha com estas definições, António Carneiro da Frada salientou que “a ordem pública remete para um conjunto de valores e princípios injuntivos do ordenamento, base da coexistência social geral e garantes de um bem público ” e que ela “representa como que uma *cláusula de salvaguarda* de que dispõe o sistema jurídico para assegurar o respeito dos seus pilares fundamentais”<sup>[16]</sup>. Refere ainda este autor que alguns dos princípios que integram a ordem pública têm assento constitucional, o que torna os ramos do direito material que recorrem a esta noção permeáveis às valorações constitucionais<sup>[17]</sup>

Todos os autores concordam que o conjunto de princípios e regras que integram a ordem pública tem um âmbito muito mais restrito do que o universo das normas imperativas dessa ordem jurídica<sup>[18]</sup>.

[15] *Ob. cit.*, p. 233-234, nota 474

[16] “A *ordem pública no domínio dos contratos*” – Estudos em Homenagem ao Professor António Castanheira Neves – Vol. II – 2008, Coimbra, Coimbra Editora, em especial, pp. 257 e 259.

[17] *Ob. cit.*, p. 257; este ponto é também realçado por António Meneses Cordeiro (*ob. cit.*, p. 711) e por Luís de Lima Pinheiro (*Direito Internacional Privado*, vol. I, 2ª ed., 2009, Coimbra, Almedina, p. 588).

[18] Se assim não fosse, a ordem pública perderia individualidade ou relevo próprio, como recorda A. Carneiro da Frada – *ob. cit.*, p. 257

[19] *cf.*, também Luís de Lima Pinheiro – *Direito Internacional Privado* cit., pp. 587-588:

5. É à noção de ordem pública que se tentou definir no número anterior – usualmente apelidada de *ordem pública de direito material*<sup>[19]</sup> – que se reportam os arts. 271º, nº 1, 280º, nº 2, e 281º do Código Civil e é nessa acepção que a ofensa da ordem pública pode constituir (e constitui na esmagadora maioria dos sistemas jurídicos) fundamento de anulação de sentenças proferida em arbitragens internas ou internacionais.

Esta noção de ordem pública distingue-se da “exceção ou reserva de ordem pública internacional” (ou *ordem pública de direito internacional privado*) que constitui um limite ou barreira à aplicação do direito estrangeiro competente segundo as pertinentes normas de conflitos ou ao reconhecimento

[20] *An Overview of The New York Convention of 1958 (2008)*, p. 18 – este artigo encontra-se acessível no sítio na Internet do “International Council for Commercial Arbitration” (ICCA), [www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org).

[21] Na acepção que aqui interessa e que, repetimos, se distingue da *excepção ou reserva de ordem pública internacional* (“ordem pública de direito internacional privado”) atrás mencionada no texto.

[22] E os juízes que são guardiães dos valores protegidos por esse sistema jurídico.

de uma decisão estrangeira. Não é esta a acepção da ordem pública que releva quando se trata de decidir sobre a anulação de uma sentença arbitral proferida no território do Estado a que pertence o juiz competente para o efeito.

A necessidade de respeito pela ordem pública *material* de um Estado coloca-se relativamente a toda e qualquer sentença arbitral proferida no seu território, mesmo que, sendo a arbitragem qualificável como “internacional”, os árbitros hajam decidido o fundo da causa de acordo com o direito material desse Estado, pois que, também neste caso e não apenas quanto se aplicou um direito estrangeiro, podem ser ofendidos os valores e interesses que à ordem pública cabe preservar ou proteger.

Mas no interior do núcleo ou reduto constituído pelas regras ou princípios de ordem pública *de direito material* também há que distinguir entre a “ordem pública interna” e a “ordem pública internacional”. Segundo Albert van den Berg, “a distinção entre ordem pública doméstica e ordem pública internacional significa que o que se considera como pertencendo à ordem pública nas relações domésticas não pertence necessariamente à ordem pública nas relações internacionais. De acordo com esta distinção, o número de matérias consideradas como cabendo na ordem pública em litígios internacionais é menor do que as em que tal ocorre nos litígios domésticos. A distinção justifica-se por as relações domésticas e internacionais terem finalidades diferentes”<sup>[20]</sup>.

Na verdade, a ordem pública internacional<sup>[21]</sup> tem um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna, porque as necessidades do comércio internacional impõem que, quando o objecto do litígio tem ligações com outras ordens jurídicas, o sistema jurídico do Estado da sede da arbitragem<sup>[22]</sup> seja menos exigente no controlo da confor-

midade da sentença arbitral com os seus princípios basilares, do que o seria perante uma situação puramente interna, só se anulando uma sentença proferida em arbitragem internacional quando ela afronte princípios estabelecidos para protecção de interesses ou valores considerados como absolutamente fundamentais e inderrogáveis<sup>[23]</sup>.

[23] Como acentuámos em escrito anteriormente publicado (“*A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária*” - Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano 2009, Coimbra, Almedina, p.43, nota 78) tanto a “ordem pública interna” como a “ordem pública internacional” fazem parte de um dado ordenamento jurídico. Nisto se distinguem de outro conceito, o de “ordem pública transnacional” ou “ordem pública verdadeiramente internacional”, proposto por alguns autores para designar o conjunto de princípios universais estabelecidos em vários domínios do direito e das relações internacionais, para servir os interesses superiores da comunidade mundial e os interesses comuns da humanidade, situados acima e por vezes contra os interesses das nações individualmente consideradas. Sobre este conceito, v. Pierre Lalive “*Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*” - Revue de l'arbitrage, 1986, n° 3, p. 329-374; Jean-Baptiste Racine - *ob.cit.*, pp 353-435. Segundo este último autor, esse conceito abrangeria a proibição da corrupção, a protecção dos direitos do homem, a proibição dos tráficos de estupefacientes, de seres e órgãos humanos e do tráfico ilícito de armas, bem como a protecção do ambiente natural e cultural (*ob. cit.*, pp. 393-418).

6. É para nós evidente que a necessidade de a sentença arbitral não ofender a ordem pública da *lex arbitri* tem tanta razão de ser nas arbitragens internas quanto nas arbitragens internacionais, embora se compreenda facilmente que o conteúdo da “ordem pública” que os árbitros devem respeitar numa e noutra categoria de arbitragens não seja o mesmo.

Numa arbitragem internacional, o que o árbitros têm de respeitar é conjunto das normas ou princípios da ordem pública internacional do Estado e que está sediada, que, como dissemos, se entende geralmente ter um âmbito mais restrito do que os que integram a ordem pública interna desse Estado.

Mas, num caso e noutro, os Estados a cujos tribunais cabe supervisionar a regularidade das arbitragens que desenrolam no seu território não podem tolerar que normas ou princípios absolutamente inderrogáveis, que constituem pilares fundamentais do respectivo ordenamento jurídico e salvaguardam a protecção da sua ordem económico e social, sejam violados pelas sentenças proferidas em arbitragens que nesse ordenamento encontram o seu fundamento e quadro regulador.

Não nos parece, por isso, válida a proposição por vezes defendida, de que a admissão da “ofensa da ordem pública” como fundamento de anulação de sen-

[24] Foi este um dos argumentos invocados pela maioria dos membros da Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem para justificar a solução adoptada, relativamente ao tema tratado no presente texto, nos Projectos de Nova LAV que esta entidade apresentou ao Ministério da Justiça, em 2009 e em 2010.

[25] Ou melhor, pelo *resultado* a que conduz, como explicarmos adiante.

tenças arbitrais só tem justificação relativamente às que são proferidas nas arbitragens internacionais em que o fundo da causa é decidido mediante aplicação de um direito estrangeiro, por só nestas fazer sentido a intervenção da *excepção ou reserva de ordem pública internacional* (o. p. de direito internacional privado) que constitui um “limite à aplicação do direito estrangeiro competente segundo as normas de conflito pertinentes ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira”<sup>[24]</sup>.

A nosso ver, é indiferente para a solução da questão da anulabilidade da sentença arbitral proferida em Portugal e que ofenda a ordem pública do nosso sistema jurídico, que aquela tenha decidido o fundo da causa por aplicação do direito português ou de um direito estrangeiro, visto que não se cuida aqui de decidir sobre o reconhecimento de eficácia jurídica, na ordem jurídica nacional, à decisão de um tribunal estrangeiro que já originou a constituição de situações jurídicas no âmbito de uma ordem jurídica estrangeira. Trata-se, isso sim, de saber se uma sentença arbitral proferida em Portugal e, por isso, ancorada na ordem jurídica portuguesa, afronta ou não, pelo seu conteúdo<sup>[25]</sup>, qualquer que haja sido o direito aplicado ao fundo da causa, princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, a ponto de esta não poder tolerar que ela constitua solução válida e vinculativa para o litígio sobre que versou.

## O DIREITO EM VIGOR E OS PROJECTOS DE REFORMA DA LAV

7. Apesar de a “contrariedade à ordem pública” não se incluir no elenco dos fundamentos da anulação da sentença arbitral constante do art. 27º da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto), a grande maioria da doutrina portuguesa tem

defendido que o sistema jurídico português contém aqui uma lacuna, a integrar de acordo com as regras aplicáveis.

O mesmo entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 10.07.2008 que examinaremos adiante.

Há, porém, divergência nessa doutrina quanto ao conteúdo a atribuir ao conceito da “ordem pública” para que a sua ofensa

por uma sentença arbitral justifique a anulação desta.

Enquanto, para alguns autores, o que constitui causa de anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragem interna é a violação da “ordem pública interna”<sup>[26]</sup>, para outros, a integração da lacuna que entendem existir no art. 27º da actual L.A.V. deve fazer-se mediante a consideração do lugar paralelo do art. 1096º, f) do C.P.C., donde concluem estes autores que a “ordem pública” cuja violação releva para o efeito do disposto no art. 27º da LAV é a “ordem pública internacional do Estado Português”<sup>[27]</sup>.

[26] Paula Costa e Silva – “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral” – Revista da Ordem dos Advogados - Ano 52, T. III (Dezembro 1992), p. 944; António Marques dos Santos – “Nota sobre a Nova Lei Portuguesa relativa à Arbitragem Voluntária” – Revista de la Corte Española de Arbitraje – Vol. IV, p. 45; Assunção Cristas e Mariana França Gouveia – “A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentença arbitrais” – Anotação ao Ac. do STJ 10.07.2011” – Cadernos de Direito Privado., nº 29 ( Janeiro/Março 2010), pp. 41-56.

[27] Luís de Lima Pinheiro – *Arbitragem Transnacional* cit., pp. 274-279; José Lebre de Freitas – *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais - 2ª ed*, 2006, Coimbra, Coimbra Editora, p. 74, nota 27; Manuel Pereira Barrocas – *Manual de Arbitragem - 2010*, Coimbra, Almedina, pp. 520-522.

[28] Que, neste caso, deveria logicamente ser a “ordem pública interna, como havíamos proposto durante a preparação, no seio da Direcção da A.P.A., do primeiro Projecto de Nova LAV apresentado por esta entidade ao Ministro da Justiça. Em escrito anteriormente publicado, tivemos ocasião de criticar a solução que veio a ser consagrada neste Projecto – v. “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária” cit., pp. 42-53.

8. Nos dois projectos de nova lei de arbitragem voluntária (adiante designados por “Projectos de Nova LAV”) que foram apresentados pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem ao Ministério da Justiça, em 2009 e 2010, previa-se que a “contrariedade à ordem pública internacional” fosse fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internacionais (sediadas em Portugal), mas excluía-se que as sentenças proferidas em arbitragens internas pudessem ser anuladas por violação da ordem pública”<sup>[28]</sup>.

Afastando-se desta solução, o art. 46º, nº 3, b), do Projecto de Nova LAV que o Ministro da Justiça, do Dr. Alberto Martins, apresentou, em 15.12.2010,

[29] Esta solução pode explicar-se ou como uma tentativa de se obter um compromisso entre as duas posições que se tinham exprimido durante a preparação do Projecto da LAV ou, alternativamente, como adesão ao entendimento do autores que defendem que a lacuna que consideram a existir no regime vigente da arbitragem voluntária deve ser integrada, mediante aplicação analógica da disposição do art. 1096º, f) do CPC. A verdade é que, por um lado, não parece que haja que adoptar em sede de *direito a constituir* a mesma solução que se julgue resultar do método canónico de preenchimento de lacunas detectadas no *direito constituído* e, por outro lado, não muito congruente aferir a compatibilidade de sentença arbitrais proferidas em arbitragens *internas* com o corpo de normas e princípios que formam a “ordem pública internacional” (ainda que entendida esta em sentido material, como se explicou atrás, no texto)

à Direcção da A.P.A., para obtenção do seu parecer, previa que as sentenças proferidas em arbitragens quer internas quer internacionais pudessem ser anuladas com fundamento em “ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português”<sup>[29]</sup>.

Por último, na Proposta de Lei nº 48/XI, relativa à Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pelo Conselho de Ministros em 6.01.2011 e, de seguida, apresentada à Assembleia da República, preceituou-se, no seu art. 44º nº 4, b), que constituía fundamento de anulação de sentenças proferidas quer em arbitragens internas quer em internacionais, a “contrariedade aos princípios da ordem pública”.

É também de mencionar que no Projecto de Nova LAV apresentado pelo Grupo Parlamentar do CDS que, juntamente com aquela Proposta do Governo, foi aprovado, na generalidade, na Assembleia da República, tendo ambos baixado à Comissão de Direitos Liberdades e Garantias, para apreciação na especialidade, se previu que ao art. 27º da actual LAV fosse aditado, como fundamento de anulação da sentença arbitral, o de esta ser “contrária à ordem pública”.

Tanto em relação a esta disposição do Projecto do CDS quanto no tocante ao citado artigo da Proposta de Lei do Governo, impunha-se a seguinte observação: embora neles não se distinguísse entre a “ordem pública interna” e a “ordem pública internacional”, consoante se tratasse de arbitragens internas ou de arbitragens internacionais, na sua futura aplicação (se algum deles viesse a ser convertido em lei) não poderia deixar de fazer-se essa distinção, à semelhança do que acontece na generalidade dos ordenamentos jurídicos, pela razões que se deixaram explicadas. É aliás isso que

[30] V. quanto ao direito alemão, Stefan Kröll and Peter Kraft – “*Recourse against the award*” in “*Arbitration in Germany*” (ed. K.H Böckstigel S. Kröll and P. Nacimiento) 2007, Wolters Kluwer, p. 468). O mesmo se faz no âmbito de quase todas as leis que admitem a impugnação das sentenças arbitrais

com este fundamento, como acontece na larguíssima maioria das leis de arbitragem de outros países, tenham ou não sido baseadas na Lei Modelo da UNCITRAL. A única excepção que conhecemos é constituída pelo direito francês, cujo *Code de Procédure Civile*, quer na ver-

fazem os tribunais (com a concordância das respectivas doutrinas) dos Estados cujas leis de arbitragem se limitam a prever como causa de anulação de sentença arbitrais “a ofensa à ordem pública”, sem nesta fazerem a mencionada distinção<sup>[30]</sup>.

são resultante da reforma de 1981 quer na resultou da reforma de 13 de Janeiro de 2011, distingue, para este efeito, entre a “ordem pública interna” e a “ordem pública internacional”, consoante se trate de arbitragens internas ou de arbitragens internacionais.

## CONTRARIEDADE À A O. P. INTERNA OU À O. P. INTERNACIONAL

9. Para evidenciar o desacerto da referida dualidade de soluções consagrada no Projecto de LAV apresentado pela Direcção da APA, recorreremos a exemplos extraídos de decisões de tribunais estaduais estrangeiros, em sede de controlo das sentenças arbitrais, nomeadamente:

- a) sentenças proferidas em *arbitragens internacionais* (mas sobre matérias que também podem ser objecto de arbitragens internas) versando sobre
  - ▶ pedidos baseados em contratos dirigidos à prática de corrupção ou inquinados por conduta fraudulenta do demandante;
  - ▶ infracções a princípios fundamentais de direito generalizadamente aceites;
  - ▶ pedidos assentes em violações do direito europeu da concorrência.
- b) sentenças proferidas em *arbitragens internas* e que violem de princípios e regras de “ordem pública interna”.

[31] *V.*, em particular, os estudos de António Crivellaro, Bernardo Cremades and David Cairns, incluídos na obra colectiva - “*Arbitration : Money Laundering, Corruption and Fraud*” - ICC Publishing, 2003; Bernardo Cremades – *Corruption and Investment Arbitration* - in “*Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*” - ICC Publishing, 2005, pp. 203-219; Abdulhay Sayed – *Corruption in international trade and commercial arbitration*, Kluwer law International, 2004; Mohamed Abdel Raouf – “*How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?*” – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 24 ( 2009), n° 1, pp. 116-136 (também in “*Liber Amicorum Bernardo Cremades*” – Fernández, Ballesteros and Arias (ed.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 1-16); Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Moloo – “*Fraud and Corruption in International Arbitration*” in “*Liber Amicorum Bernardo Cremades*” cit., pp. 699-731; Giorgio Sacerdoti – “*Corruption in Investment Transactions: Policy initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*” ICSID Review - vol. 24 ( 2009), n° 2, pp. 576 e segs. e especialmente a pp. 576-586; Constantine Partasides – “*Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World*” – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 25 ( 2010), n° 1, pp. 47-62.

[32] Bernardo Cremades, no estudo referido na nota anterior, escreveu (citando Antonio Crivellaro) o seguinte: “A distinguished commentator recently came to the following conclusions concerning corruption in international commercial arbitration:

The case law shows that international arbitrators:

- ▶ accept jurisdiction;
- ▶ consider that their primary duty is owed to the parties and is to settle their dispute in accordance with the parties’ agreement, and not a duty to be an ‘organ’ of the international community entrusted with enforcing morality in trade operations;

10. A corrupção tendo por alvo não só dirigentes e funcionários da Administração Pública ou de empresas do Estado mas também administradores e quadros de empresas privadas tem vindo a ser combatida, com crescente intensidade, em cada vez mais países, através de leis penais aprovadas na sequência de numerosas convenções internacionais aprovadas sob a égide de diversas organizações intergovernamentais (OEA, OCDE, União Europeia, Conselho da Europa, OUA e ONU) e também por influência de outras organizações como a CCI e o Banco Mundial.

Apesar disso, vários autores de reconhecida experiência e competência<sup>[31]</sup> têm mostrado ser insatisfatório o modo como, em arbitragens internacionais, os árbitros tratam as alegações de corrupção feitas por uma das partes, relativamente ao real objecto do (ou ao modo com se concluiu o) contrato em que assenta o pedido controvertido<sup>[32]</sup>.

▶ require clear proof of bribery before invalidating an agency agreement, notwithstanding any suspicions they may have;

▶ only in a minority of cases search for indicia of bribery on their own initiative; and

▶ only in a few cases accord primacy to mandatory legal provisions prohibiting use of intermediaries in force in the State most closely linked to the trade operation in question, preferring generally to give precedence to the public policy rules established by the governing law as designated by the agreement between principal and agent.

The final jurisprudential trend summarized above – i.e., that of giving little weight to the mandatory provisions of any law of the importing country forbidding the use of intermediaries in public contracts tendering, and relying decisively instead on the law chosen by the parties – is open to criticism” (*sublinhado acrescentado*)”.

A actuação de muitos árbitros, neste domínio, é criticada sobretudo por:

- (i) os árbitros entenderem (apesar de, por vezes, admitirem suspeitar de que a alegação seja verdadeira) que é insuficiente a prova fornecida pela parte que alega que o contrato em que se funda o pedido controvertido teve por objecto (ou resultou de) a prática de corrupção, por aplicarem, para este efeito, critérios probatórios (*standards of proof*) excessivamente exigentes.
- (ii) os árbitros adoptarem uma atitude passiva face a indícios de actos de corrupção surgidos no processo arbitral (sobretudo quando nenhuma parte queira deles extrair efeitos para a decisão da causa), por entenderem que o seu dever primário é para com as partes e limita-se à resolução do seu litígio, não lhes cabendo assumir-se como “órgão da comunidade internacional” a que incumba fazer respeitar a moralidade nas transacções comerciais internacionais<sup>[33]</sup>.

Particularmente quanto ao primeiro ponto supra-referido, tem-se observado que:

▷ dado as arbitragens não terem por objecto questões de direito penal (que são, por natureza, inarbitráveis), faz mais sentido aplicar às alegações de corrupção o critério ou teste probatório da “preponderance of evidence” (“more likely than not”) – que é o *standard of proof* que os tribunais estaduais aplicam em casos semelhantes (de natureza cível) – do que o critério da “clear and compelling (ou clear and convincing) evidence”, mais próprio do direito penal<sup>[34]</sup>;

▷ dada a dificuldade de se fazer prova directa da corrupção, devem os árbitros considerar suficiente a sua prova indirecta ou circunstancial e devem inverter o ónus da prova nos casos em que,

[33] Cfr. Antonio Crivellaro e Mohamed Abdel Raouf, nos estudos citados na nota 33 *supra*; v., no mesmo sentido, Karen Mills – “Corruption and Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto – ICCA Congress Series, 2002, London, vol. II, Kluwer Law International, 2003; James Barratt and Hayley Ichilcik – “Bribery and International Arbitration” – The European and Middle Eastern Arbitration Review – 2011, pp. 9-14

[34] V. Constantine Partasaides – *ob. cit.*, p. 57-58; Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Moloo – *ob. cit.*, pp. 700-702, e Mohamed Abdel Raouf, *ob. cit.*, p. 122-128 e 131.

[35] V. Constantine Partasaides – *ob. cit.*, pp. 59-6, e Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Moloo – *ob. cit.*, pp. 703-705.

[36] V. Constantine Partasaides – *ob. cit.*, pp. 53-56, 60-62, e Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Moloo – *ob. cit.*, pp. 703-705.

[37] Uma explicação para esta atitude adoptada por muitos árbitros, em arbitragens de investimento, pode residir na ideia que porventura perfilhem de que, se um representante de Estado aceita um suborno de uma sociedade para que esta ganhe um contrato, não se deve depois permitir a esse Estado invocar tal facto para contrariar o pedido da sua contraparte. Ora, esta ideia assimila erradamente o Estado ou Governo, enquanto parte contratante, com o funcionário corrupto que actua de modo frontalmente contrário às leis do seu país. Mesmo quando representantes cimeiros de um Estado estão implicados na corrupção (como aconteceu com o Presidente da República do Quênia, no caso *World Duty Free vs Republic of Kenya*) nem este acto nem o seu conhecimento podem ser, em princípio, ser imputados ao Estado. Mas não será o Estado responsável pela actuação dos seus funcionários? A verdade é que quando o Estado não faz nada para investigar e punir a corrupção alegada os funcionários corrompidos, repugna à consciência jurídica que possa vir a alegar tal factualidade para se eximir às suas obrigações (violando o princípio *turpitudinem suam allegans nemo auditur* ou *equity must come with clear hands*). A resposta correcta a esta questão deve distinguir entre o Estado e o funcionário corrupto, a não ser que aquele, através da actuação (ou a inércia) dos seus órgãos, possa ser considerado como conivente com a prática censurada. Por outro lado, aplicando

tendo uma parte apresentado prova *prima facie* ou sérios indícios da existência de corrupção, a outra parte se abstenha de produzir prova para os refutar, ainda que o pudesse fazer sem dificuldade<sup>[35]</sup>;

- ▶ se nesses casos os árbitros invertessem o ónus da prova ou extraíssem “inferências negativas” da supra-referida abstenção da contraparte, não se afastariam do que fazem os tribunais estaduais que têm de julgar este tipo de casos<sup>[36]</sup>.

II. Pelas razões referidas no número anterior, têm os árbitros sido criticados por “fecharem os olhos” à prova produzida para substanciar as alegações de corrupção feitas nos processos<sup>[37]</sup>, apontando-se como exemplos disso os casos (decorridos sob a égide da ICSID) “*Plateau des Pyramides*” (1992), “*Azurix v. Argentina*” (2006), “*Siemens v. Argentina*” (2008), “*African Holding v. Congo*” (2008) e “*EDF v. Romania*” (2009)<sup>[38]</sup>.

a lei aplicável no fundo da causa, o árbitro poderá e deverá, quase sempre, declarar nulo o contrato obtido por corrupção e, conseqüentemente, considerar como destituído de fundamento válido o pedidos que a parte corruptora nele baseou. V., sobre este tema, Bernardo Cremades – *Corruption and Investment Arbitration* cit., pp. 213-218, e Doak Bishop – “*Taking a More Flexible Approach to the International Legal Consequences of Corruption*” - *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (2010), n° 1, pp. 63-66.

[38] V. Mohamed Abdel Raouf – *ob. cit.*, pp. 123-131 e Constantine Partasaides – *ob. cit.*, pp. 56 e 60-61,

[39] V. Mohamed Abdel Raouf – *ob. cit.*, pp. 131-134, e Constantine Partasaides – *ob. cit.*, pp. 57-61,

[40] V. Mohamed Abdel Raouf – *ob. cit.*, p.133.

[41] Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, Rahim Molloo chamaram a atenção para este dever dos árbitros: “A tribunal’s obligation to render a universally enforceable award encourages it to take into account transnational public policy to facilitate enforcement by avoiding subsequent review by domestic courts for circumvention of public policy. Preemptive consideration of public policy during arbitration can ensure enforcement and expedite the enforcement process. A failure to address issues of transnational public policy on the other hand will likely subject an award to invalidation on domestic public policy grounds. For example, any award that dismisses evidence of fraud or corruption carries a significant risk of subsequently being held in violation of domestic public policy and unenforceable by most courts. In addition to concerns about enforceability, commercial arbitration tribunals have a public responsibility to administer justice and uphold universally accepted principles of law which requires them to address violations of transnational public policy” (*ob. cit.*, p. 708).

[42] Embora se constate que os tribunais estaduais, por indevida deferência para com as decisões dos árbitros (ou para evitar o incómodo de terem as anular, justificando tal decisão), muitas vezes declinem exercer o controlo que lhe compete efectuar sobre aquelas.

Noutros casos, em número muito menor, os árbitros adoptaram uma actuação proactiva, de não condescendência (de “tolerância zero”) relativamente a actos de corrupção ou de fraude, como aconteceu, por exemplo, nos casos “*World Duty Free v. Republic of Kenya*” (2006), em que negaram provimento a um pedido assente em contrato dirigido à prática de corrupção<sup>[39]</sup>, e “*Plama v. Bulgaria*” (2008), em que desatenderam o pedido indemnizatório do investidor, devido à sua conduta fraudulenta causadora de prejuízo ao Estado acusado de violar as garantias dadas ao investimento<sup>[40]</sup>.

12. Quando os árbitros, omitindo o que deveriam fazer<sup>[41]</sup>, recusem dar provimento às alegações de corrupção geradoras de nulidade do contrato em que o demandante apoiou o seu pedido, e, subsequentemente, a sentença arbitral vem a ser impugnada perante um tribunal estadual, o que este deve fazer<sup>[42]</sup>, se considerar que dispõe de prova bastante de que o contrato em causa visou (ou foi obtido por) a prática de actos corrupção de tráfico de influências, é anular a sentença arbitral.

Mas, como é evidente, o tribunal estadual só poderá anular uma tal sentença arbitral, se a *lex arbitri* lho permitir, com fundamento em terem os árbitros ofendido a ordem pública<sup>[43]</sup>, ao reconhecerem eficácia jurídica a um contrato ou acordo violador de princípios jurídicos fundamentais absolutamente inderrogáveis (alguns dos quais são comuns à maioria dos sistemas jurídicos e integram chamada “ordem jurídica transnacional”<sup>[44]</sup>).

[43] Que será a “ordem pública interna”, se a arbitragem for interna, ou a “ordem pública internacional” do Estado da sede, se a arbitragem for internacional.

[44] Sobre esta noção, v. nota 23 *supra*.

[45] Neste sentido, é pertinente referir que, segundo J. F. Poudret and S. Besson (*ob. cit.*, p.767), o Tribunal Federal Suíço, apesar de repetidamente afirmar que entre os princípios da “ordem pública internacional do sistema jurídico suíço” se inclui o princípio *pacta sunt servanda*, tem muito firmemente limitado a sua atendibilidade para este fim aos casos em que o árbitro reconheceu a existência do acordo, mas recusou ordenar o seu cumprimento por razões não legalmente suportadas ou com base em disposições legais que não são aplicáveis ou, pelo contrário, quando os árbitros tenham negado a existência de um contrato e, apesar disso, admitiram a existência de uma obrigação dele decorrente. Esclarecem também os mesmos autores que o processo de interpretação (adoptado pelos árbitros) e as suas consequências jurídicas não são regidos pelo princípio *pacta sunt servanda*, não podendo a violação da ordem pública ser invocada a este respeito. Dando conta de semelhante interpretação restritiva adoptada pelo Supremo Tribunal Federal Alemão relativamente à aplicação, nesta sede, do princípio da proporcionalidade, v. Stefan Kröll and Peter Kraft – “*Recourse against the award*” cit. p. 469.

13. Idêntica solução se impõe nos casos em que se prove perante o juiz competente para a anulação da sentença arbitral, que o contrato ou acordo que os árbitros indevidamente “validaram”, ao darem provimento ao pedido nele fundado, se relacionava com tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas ou órgãos humanos, ou com outras formas de violação dos direitos do homem; ou com branqueamento de capitais ou práticas gravemente lesivas do património ambiental ou cultural dos Estados, que interessa à comunidade internacional, ou violava um embargo decretado pelo Conselho de Segurança da ONU.

14. Diversos autores referem os seguintes princípios como integrando a “ordem pública internacional” dos respectivos Estados, constituindo a sua violação fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens (internacionais ou internas) aí sediadas: (i) o princípio *pacta sunt servanda*; (ii) o princípio da boa fé; (iii) a proibição do abuso de direito; (iv) o princípio da proporcionalidade (v) a proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras; (vi) a protecção dos civilmente incapazes; (vii) a proibição das vinculações perpétuas; (viii) a proibição de indemnizações punitivas em matéria cível; (ix) as normas legais destinadas a proteger os contratantes mais fracos;

Como bem se compreende, a invocação da violação de princípios com conteúdo normativo tão amplo ou indeterminado como os referidos em (i), (ii) e (iii) e (iv) como fundamen-

to de anulação de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições, para que por essa via não se fomente perniciosamente a impugnação de sentenças arbitrais sem justificação adequada, por parte de quem, insatisfeito com a decisão dos árbitros, recorra a este meio processual para tentar obter uma reapreciação pelos tribunais estaduais do litígio decidido pelo árbitros<sup>[45]</sup>.

15. Os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária quanto de fonte nacional fazem também parte da ordem pública (“interna” e “internacional”) do Estado Português.

Quanto a tais princípios ou regras, o Tribunal de Justiça da União Europeia tornou claro no seu acórdão *Eco Swiss v. Benetton*<sup>[46]</sup>, que normas como as do art. 81 (actual art. 101) do Tratado da U.E., sendo indispensáveis ao cumprimento das atribuições da União e, em particular, ao funcionamento do mercado interno, são de considerar como integrando a “ordem pública” dos Estados-membros da União.

Consequentemente, segundo o T. J., o direito comunitário impõe que a contrariedade da sentença arbitral a tais princípios e regras possa ser examinada pelo tribunal nacional que conheça do pedido de anulação de uma decisão arbitral com fundamento na violação da ordem pública, pelo que deve aquele tribunal anular essa decisão, se entender que ela é efectivamente contrária ao artigo 81º do Tratado da EU (ou a outras normas de direito comunitário dotadas de idêntica imperatividade).

Ora, se as normas e princípios pertencentes ao direito comunitário da concorrência integram a “ordem pública” (interna e internacional) dos ordenamentos jurídicos dos Estados

membros da União e se é isento de dúvida que questões relativas à aplicação de tais normas podem suscitar-se em arbitragens internas (*i.e.*, que

[46] Caso 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I - 3055.

[47] Caso 168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I -10421

[48] No caso decidido por este acórdão, tratava-se da Directiva do Conselho 93/13/EEC de Abril de 1993, OJ 1993 L 95/29.

[49] V. sobre este acórdão e sobre o apoio que parece dar à ideia, adiante desenvolvida, de que o respeito pelos árbitros da ordem pública (pelo menos, a o. p. comunitária) deve ser objecto de um controlo efectivo, Laurence Idot – *Note de Jurisprudence* - *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 1, p. 115-121.

não “ponham em jogo interesses do comércio internacional”), não pode excluir-se que os tribunais portugueses possam controlar o conteúdo das sentenças proferidas nessas arbitragens e anulá-las, se verificarem que essas normas não foram devidamente aplicadas pelos árbitros, fazendo com que o resultado dessas sentenças ofenda aquelas normas ou princípios.

O mesmo vale relativamente a normas do direito interno da concorrência que visem tutelar valores e interesse idênticos ou equivalentes aos protegidos por aquelas normas de direito comunitário.

16. Tal como as normas do direito da concorrência, outras normas inderrogáveis do direito europeu devem ser tidas como fazendo parte da ordem pública dos Estados-membros da União, podendo as decisões arbitrais que as infringem ser anuladas com esse fundamento pelos tribunais estaduais competentes. É o caso das normas dirigidas à protecção dos consumidores.

Assim, no acórdão proferido no caso *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium*<sup>[47]</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que o tribunal nacional competente para apreciar a validade de uma convenção de arbitragem e da decisão arbitral proferida com base nela, deve poder suscitar oficiosamente a questão da sua compatibilidade com as normas comunitárias<sup>[48]</sup> que visam proteger os consumidores, como “parte contratual mais fraca”, mesmo que tal questão não tivesse sido suscitada perante os árbitros, se verificar que essa convenção infringiu aquela normas (por, em face destas, ser de considerar como *abusiva*), e deve poder anular a decisão arbitral com fundamento na nulidade da convenção de arbitragem em que a arbitragem se fundou<sup>[49]</sup>.

17. Na jurisprudência de tribunais estrangeiros também se encontram exemplos de anulação de decisões arbitrais por violação de princípios que integram a *ordem pública interna* dos respectivos Estados.

Entre os princípios ou regras imperativas que fazem parte da “ordem pública interna” de diversos sistemas jurídicos, fazendo com que sejam anuladas as sentenças arbitrais que os violem, incluem-se alguns pertencentes ao regime dos processos falimentares.

Assim, a jurisprudência da *Cour de cassation* francesa tem anulado sentenças arbitrais que violem regras consideradas como fazendo parte da ordem pública do sistema jurídico francês, que impõem que (i), sempre que seja declarada a falência do demandado numa arbitragem em curso, esta seja suspensa até que o demandante haja reclamado o seu crédito junto do tribunal estadual competente, só após isso podendo continuar o processo arbitral; e que (ii) a sentença dos árbitros se limite a reconhecer o crédito da contraparte sobre a parte declarada insolvente, sem condenarem esta no pagamento do montante correspondente<sup>[50]</sup>.

[50] Regras estas que são consideradas como fazendo parte tanto da “ordem pública interna” como da “ordem pública internacional” do Estado Francês; cf., sobre este assunto, Fouchard, Gaillard, Goldman – *On International Commercial Arbitration* -1999, Kluwer Law International, p. 961; Bernard Hanotiau – “*L’arbitrabilité*”- Recueil des Cours de l’Académie de Droit International - T. 296(2003), The Hague, p. 183; Philippe Fouchard – “*Arbitrage et faillite*” - Revue de l’arbitrage, 1998, n° 3, pp. 471-494; Poudret and Besson – *ob. cit.*, p. 308; v., entre muitos outros, o recente Acórdão da *Cour de cassation* de 6.05.2009, com anotação de Daniel Cohen, in Revue de l’arbitrage, 2010, n°2, p. 298 e segs.

18. Por nos parecer que as razões que ditaram as regras do direito francês referidas no número anterior valem também no âmbito do direito português da insolvência, ainda que as regras referidas não tenham exacta correspondência na nossa lei, entendemos que deverá também ser anulada, com o mesmo fundamento, a sentença proferida em Portugal por árbitros que, ignorando as normas contidas (expressa ou implicitamente) nos arts. 85°, n° 3, 87°, n° 2, *in fine*, 88°, n°1, e 128°, n°3 do C.I.R.E., (i) tenham deixado prosseguir a arbitragem, sem se assegurarem de que a parte que foi declarada insolvente passou a ser representada na arbitragem pelo administra-

[51] Visto que, tal com entendem pacificamente a doutrina e a jurisprudência francesas, também entre nós é de concluir que uma tal condenação romperia a igualdade de tratamento dos credores – que constitui um princípio basilar do direito português – pois que, mesmo após a confirmação da existência e montante do crédito (o que pode ser feito por um tribunal arbitral), o respectivo pagamento só pode ter lugar no quadro do processo colectivo de insolvência, sem favorecimento de um credor relativamente ao outros da mesma categoria.

[52] Adaptando ao direito português, por exemplo, casos de anulação de decisões arbitrais por ofensa da ordem pública, decididos pelos tribunais franceses (citados em Fouchard Gaillard Goldman – *ob cit.*, pp. 961-962) e pelos tribunais alemães (citados em Stefan Kröll and Peter Kraft – “*Recourse against the award*” cit., p. 470).

[53] Embora a admissibilidade destes controlos seja actualmente muito limitada, em virtude das normas de direito europeu e, no plano mundial, das regras resultantes da Organização Mundial do Comércio, a legitimidade desses controlos mantém-se quando estejam em causa razões de saúde ou de segurança públicas, de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico ou quando se trate de produtos ou equipamentos de natureza militar.

dor da insolvência, ou de que a contraparte do insolvente reclamou atempadamente o seu crédito no processo de falência; ou (ii) condenem o insolvente a pagar qualquer quantia à sua contraparte na arbitragem, não se limitando a reconhecer a existência desse crédito (que é só o que, neste caso, os árbitros podem fazer sem infringirem normas absolutamente inderrogáveis do regime da insolvência)<sup>[51]</sup>.

19. Extrapolando a partir de exemplos extraídos de decisões de tribunais estrangeiros<sup>[52]</sup>, somos de opinião que seriam anuláveis, por ofenderem regras ou princípios que, devido à preeminência dos interesses que protegem, fazem parte da ordem pública (interna) do Estado Português, as sentenças proferidas em arbitragens internas que ignorassem ou não aplicassem, nomeadamente:

- leis que criem controlos de importações ou de exportações<sup>[53]</sup>;
- leis que visem *disciplinar os mercados financeiros*, impedindo actos que afectem negativamente o seu regular funcionamento (por ex., normas que proibissem, como fez a Alemanha em 2010, as operações bolsistas de *naked short selling*), ou *assegurar a solvabilidade das instituições financeiras* (fixando limites ao levantamento de depósitos ou limitando ou vedando algumas modalidades de crédito);
- leis que introduzam alterações radicais no *regime monetário vigente*.

## RAZÕES CONTRA A ADMISSÃO DESTA CAUSA DE ANULAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS

20. Como se referiu atrás (em 8. supra), são muito diferenciadas as soluções que para o tema analisado no presente escrito foram consignadas no texto da actual LAV portuguesa e nos diversos projectos ou propostas de reforma desta lei que, desde 2009, têm vindo a ser publicamente apresentados.

Por este ser um tema controvertido entre os estudiosos portugueses da arbitragem, vale a pena examinar os argumentos dos defensores da solução que foi adoptada nos Projecto de Nova LAV apresentados pela Direcção da A.P.A, tal como se encontram enunciados em dois textos que foram publicados: um inserido na *Nota 156* da versão anotada do Projecto de Nova LAV apresentado pela Direcção da APA, em 2010, e outro correspondente à intervenção do seu Presidente, Dr. Robin de Andrade, no Colóquio organizado pelo *Capítulo Português do Club Español de Arbitraje*, no Porto, em 27.09.2010, que foi oportunamente publicado no *website* da A.P.A..

21. Começemos pelos argumentos enunciados na *nota 156* do Projecto de Nova LAV da Direcção da APA, onde se lê: “É este o regime da actual LAV, o que se retira do seu próprio texto e do projecto da LAV de 1984 que a antecedeu”<sup>[54]</sup>.

A esta asserção cabe responder que está longe de ser líquido que o regime vigente no direito português quanto ao ponto em discussão se esgote naquilo que consta da letra do art. 27º da actual LAV. Como se disse atrás, para a grande maioria da doutrina portuguesa, o regime da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto, não impede que a “contrariedade à ordem pública” possa fundamentar a anulação de sentenças proferidas em arbitragens localizadas em

[54] A referência feita “ao projecto de LAV de 1984” deve ser vista como reportada ao Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que visou regular a arbitragem voluntária e esteve em vigor durante cerca de dois anos.

[55] Acontece frequentemente que, em arbitragens internacionais sediadas em Portugal, o direito aplicável ao fundo da causa seja o português.

Portugal. O mesmo entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, no já citado Acórdão de 10.07.2008, a que voltaremos adiante.

22. Continua a referida *Nota*: “Permitir semelhante fundamento de anulação criaria de facto o risco de se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais, aos quais competirá decidir sobre a impugnação da sentença arbitral, a pretexto da averiguação da conformidade com os princípios da ordem pública, o que poria em causa a eficácia e o sentido da arbitragem”.

A nosso ver, nenhum destes argumentos é procedente.

O receio de que a admissão deste fundamento de anulação propicie a revisão do mérito da causa deveria levar, logicamente, a excluir também que pudessem anular-se, com fundamento em “contrariedade à ordem pública internacional do Estado Português”, as sentenças proferidas em arbitragens internacionais sediadas em Portugal, especialmente nos casos (muito frequentes) em que o direito português é o aplicável ao fundo da causa.

Como atrás explicámos, a “ordem pública” cuja ofensa pode ser fundamento de anulação de sentenças proferida e arbitragens internas ou internacionais, não é a que se traduz num limite à aplicação do direito estrangeiro competente ou de uma decisão estrangeira (*i.e.*, a ordem pública do DIP) mas sim a *ordem pública material* referida nos arts. 271º, nº I, 280º, nº 2, e 281º do Código Civil.

Sendo assim, parece-nos incongruente que se invoque, em relação às arbitragens internas, o “perigo” que a impugnação com este fundamento cria “à eficácia e sentido da própria arbitragem” e se desconsidere esse “perigo” relativamente às arbitragens internacionais, sobretudo àquelas em que, por ser aplicável ao fundo da causa o direito português<sup>[55]</sup>, os juízes possam sentir-se mais à vontade para escrutinar o conteúdo e os fundamentos da decisão dos árbitros.

[56] Alguns distintos estudiosos da arbitragem têm defendido, *de jure constituendo*, que aos fundamentos de anulação da sentença arbitral constante do art. 27º da actual LAV deveria ser aditado a “oposição entre os fundamentos e a decisão”, à semelhança do que estabelece para as sentenças judiciais o art. 668º, nº I, c), do CPC. Por seu turno, o Projecto de Nova LAV apresentado pelo Grupo Parlamentar do CDS e que, tendo sido aprovado na generalidade, se encontra em apreciação, na especialidade, na Assembleia da República, prevê o aditamento ao artigo 27º da actual LAV da “manifesta contradição entre o fundamentos e a decisão”. Ora, como bem se percebe, não sendo difícil detectar incongruências de fundamentação em muitas sentenças arbitrais, uma tal causa de anulação, se viesse a ser acolhida na lei, não deixaria de ser invocada, com razão ou sem ela, por quem quisesse obter um reapreciação pelos tribunais estaduais do fundo da causa decidida pelos árbitros. Consequentemente, a determinação da incongruência que relevaria para este efeito passaria ser uma “questão de grau” (da gravidade da dita contradição), a decidir pelos tribunais estaduais. Tal destrição não seria menos delicada do que a que esses tribunais são chamados a desempenhar quando têm de decidir sobre o que é ou não é “ofensa da ordem pública” relevante para justificar a anulação de uma sentença arbitral. Também nesse caso teria de confiar-se na judiciosidade, equilíbrio e correcta compreensão pelos juízes do papel que lhes cabe no controlo da integridade e regularidade das arbitragens, como defendemos no texto.

23. Tão-pouco procede o argumento de que “a admissão da contrariedade à ordem pública como fundamento de impugnação e anulação da sentença arbitral, poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem”.

A “ofensa da ordem pública” está prevista como fundamento de anulação da sentença arbitral na L. M. da UNCITRAL e nas leis de arbitragem dos cerca de 70 Estados que a adoptaram (quase) integralmente, existindo também em muitas outras leis de arbitragem que não se basearam naquele modelo, sem que tal preocupação tenha originado, nessas ordens jurídicas, a exclusão dessa causa de anulação.

Convém recordar que qualquer dos fundamentos de anulação da sentença arbitral previstos na lei é, em abstracto, passível de invocação abusiva e de acolhimento indevido pelos tribunais estaduais<sup>[56]</sup>, pelo que terá sempre de se confiar em que a judiciosidade, equilíbrio e correcta compreensão pelos juízes do papel que lhes cabe no controlo da integridade e regularidade das arbitragens – que a análise da nossa jurisprudência em sede de reconhecimentos de sentenças (judiciais ou arbitrais) estrangeiras tem confirmado – façam decair as impugnações movidas por motivos fúteis ou dilatatórios.

24. Lê-se ainda na mencionada *Nota 156*: “Não prevenido a lei processual civil qualquer recurso extraordinário que possa ser interposto das sentenças dos tribunais estaduais que transitem em julgado (nomeadamente por as partes terem renunciado ao recurso) com funda-

[57] “Como diria um jurista de common law, “odd cases don’t make good law”.

[58] Importa salientar, a este propósito, que, ao convencionarem submeter-se à arbitragem, as partes não exprimem a vontade de que a futura decisão dos árbitros fique isenta de qualquer controlo judicial.

mento na alegada violação de princípios da ordem pública, não se compreende por que razão há-de prever-se semelhante fundamento de anulação contra decisões arbitrais de que não cabe recurso. Semelhante diferença de tratamento não só envolveria uma discriminação injustificável contra os árbitros, como seria incompatível com a consagração dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais pelo art. 209º, nº 2, da Constituição”.

O art. 681º, nº I, do Código do Processo Civil prevê a renúncia antecipada aos recursos ordinários, desde que seja estipulada por ambas as partes, e alguns comentadores referem-se à possibilidade de essa renúncia ser estipulada no próprio contrato de onde pode vir a emergir o litígio, mas nas recolhas de jurisprudência não se encontrou registo de algum caso em que tal hipótese se tenha materializado.

Ainda que seja teoricamente admissível uma renúncia aos recursos ordinários antes do início da acção, esta é uma hipótese meramente académica, sobre a qual não se pode construir boa doutrina<sup>[57]</sup>.

Não é, com efeito, minimamente verosímil que as partes sejam temerárias ao ponto de, muito antes de um litígio emergir do contrato que celebrem e de uma acção ser proposta para o resolver e, portanto, muito antes de poderem avaliar as probabilidades de êxito que terão nessa hipotética acção, renunciem a todos os recursos ordinários legalmente admissíveis das decisões judiciais nelas proferidas<sup>[58]</sup>. Importa salientar, a este propósito, que, ao convencionarem submeter-se à arbitragem, as partes não acordam em que a hipotética decisão arbitral fique isenta de qualquer controlo judicial.

Por outro lado, da não inclusão da “ofensa da ordem pública” entre os fundamentos do recurso extraordinário de revisão, tão-pouco pode logicamente extrair-se um argumento válido a favor da exclusão dessa causa de anulação de sentenças arbitrais.

O recurso extraordinário de revisão<sup>[59]</sup> é uma figura muito singular entre os recursos do processo civil, cujos fundamentos se caracterizam pela impossibilidade fáctica da sua invocação no âmbito de um recurso ordinário, por serem *supervenientes* ou exteriores relativamente ao *processo* ou à *sentença* revidenda. É o que revela a análise de cada um desses fundamentos enumerados art. 771º do CPC.

São *supervenientes* (ou a sua ocorrência ou o seu conhecimento) à pronúncia da sentença revidenda os fundamentos previstos nas alíneas a), b), c), d), e) e g) do art. 771º do CPC. É *exterior* à sentença revidenda e ao processo em que esta foi proferida, o fundamento da *al. f)* do art. 771º (inconciliabilidade com decisão de instância internacional vinculativa para o Est. Português).

Ao invés, nas arbitragens, a “ofensa da ordem pública” que é um caso específico de violação de lei (substantiva ou processual) verifica-se ou no desenrolar do processo (configurando então uma ofensa da chamada “ordem pública processual”) ou no conteúdo da sentença arbitral. Não é, portanto, nem *superveniente* nem *exterior* à sentença e ao processo arbitral.

Por não se harmonizar com a singular configuração do recurso de revisão, a “ofensa da ordem pública” não poderia, portanto, ser congruentemente incluída entre os seus fundamentos.

Outra explicação para a “violação da ordem pública” não ter sido autonomamente considerada no regime dos recursos em processo civil, reside no facto de, constituindo *uma forma agravada de violação da lei*, ser abrangida pela “violação da lei” (substantiva ou processual) que é fundamento tanto da apelação como da revista<sup>[60]</sup>. Contra ela pode sempre reagir-se através dos recursos que são admissíveis das decisões judiciais (salvo na hipótese extravagante acima referida que, por o ser, escapou à atenção do legislador).

[59] Que é a única forma de recurso de sentenças transitadas em julgado que é admitida pelo nosso direito processual civil.

[60] A única referência do CPC à incompatibilidade com a ordem pública (“o. p. internacional do Estado Português”) acha-se no capítulo sobre o “reconhecimento de sentenças estrangeiras”, tendo, aí sim, o conteúdo e a função que caracteriza esta figura no Direito Internacional Privado, porque visa conferir efectividade à *reserva de ordem pública internacional* enquanto “limite à aplicação do direito estrangeiro competente ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira”.

[61] O que, embora seja uma perspectiva das relações entre a “ofensa da ordem pública” e a arbitragem que é diferente da que aqui nos ocupa, tem utilidade para o esclarecimento desta.

O que fica dito basta para demonstrar a invalidade da ilação que se queira extrair do facto de, no direito processual civil, não existir um recurso que, com base em “ofensa da ordem pública”, possa interpor-se da sentença de um tribunal judicial de 1ª instância que transitou em julgado por as partes terem renunciado aos recursos ordinários.

25. Na sua intervenção no Colóquio organizado pelo Capítulo Português do *Club Español de Arbitraje* e que teve lugar no Porto, em 28.07.2010, o Dr. Robin de Andrade expendeu mais alguns argumentos contra a admissão da “ofensa da ordem pública” como fundamento da anulação da sentença arbitral.

Depois de se admitir que a grande maioria das leis nacionais reguladoras da arbitragem voluntária prevê a possibilidade de impugnação e anulação de sentenças arbitrais (internas ou internacionais) com fundamento na “contrariedade à ordem pública” do Estado em que a arbitragem teve sede, refere este autor que a “ordem pública tem um conteúdo flutuante, sendo caracterizada como noção funcional impossível de definir pela própria Associação de Direito Internacional”.

A verdade é que nem na Resolução aprovada pela *International Law Association* na sua Conferência realizada em *New Dehli*, entre 2 e 6 de Abril de 2002, que se ocupou da “ordem pública internacional” como limite ou impedimento (*bar*) ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras<sup>[61]</sup>, nem nos relatórios que prepararam a adopção daquela Resolução, se encontra tal asserção ou outra de sentido equivalente.

Pelo contrário, os textos preparatórios e a Resolução aprovada nessa Conferência da *I.L.A.* revelam que aí se procurou e conseguiu uma apreciável densificação do conteúdo da noção de

[62] Vale a pena transcrever parte da referida Resolução aprovada nesta Conferência da *ILA*:

I(a) The finality of awards rendered in the context of international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances.

I(b) Such exceptional circumstances may in particular be found to exist if recognition or enforcement of the international arbitral award would be against international public policy.

I(c) The expression "international public policy" is used in these Recommendations to designate the body of principles and rules recognised by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy).

I(d) The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as "*lois de police*" or "public policy rules" and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations.

I(e) An example of a substantive fundamental principle is prohibition of abuse of rights. An example of a procedural fundamental principle is the requirement that tribunals be impartial. An example of a public policy rule is

"ordem pública internacional", mediante a identificação das diversas categorias de princípios e regras (ilustradas com numerosos exemplos) que esta noção abrange<sup>[62]</sup>.

Por seu turno, no *Final Report* apresentado nessa Conferência<sup>[63]</sup>, da autoria de Pierre Mayer e Audley Sheppard, não se diz que esta seja uma noção ou conceito impossível de definir, referindo-se apenas que o seu conteúdo varia de país para país, razão pela qual os redactores das convenções internacionais em que é usado este conceito (com destaque para a Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras) bem como os autores da Lei Modelo da UNCITRAL não procuraram prescrever um conteúdo-padrão (*standard*) universal para a ordem pública, opinando esses autores que os esforços de harmonização do conteúdo desta noção que se empreendam só possam lograr êxito no âmbito de organizações cujos membros tenham culturas jurídicas minimamente aproximadas.

anti-trust law. An example of an international obligation is a United Nations resolution imposing sanctions. Some rules, such as those prohibiting corruption, may fall into more than one category"

[63] A *Resolution*, o *Interim Report* e o *Final Report* citados no texto foram publicados na revista "*Arbitration International*", Vol. 19(2003), n.º 2, pp. 213 e segs. Pode também aceder-se ao texto da *Resolution* e ao *Final Report* citados, através do sítio da *ILA* na Internet [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19)

[64] A “boa fé”, o “abuso de direito” e os “bons costumes” são igualmente conceitos indeterminados e nem por isso deixam de desempenhar um importantíssimo papel conformador de condutas e orientador da interpretação.

Apesar de se referir que pouco se tem feito para conseguir essa harmonização, reconheceu-se no dito *Relatório Final* que a maioria dos Estados favorece uma interpretação e aplicação restritivas da “ordem pública”, o que resulta numa notável consistência das decisões proferidas sobre esta matéria pelos tribunais de diferentes países e tradições jurídicas. Segundo os autores desse *Relatório Final*, a disposição do art. V, n° 2, b) da Convenção de Nova Iorque não deu origem a qualquer prejuízo sério para o reconhecimento internacional de sentenças arbitrais, dado que as tentativas para se resistir ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais com fundamento na “incompatibilidade com a ordem pública” raramente têm tido sucesso.

Para além da circunstância de a alegada dificuldade de definir a noção de “ordem pública” não ter impedido a grande maioria das leis estrangeiras de arbitragem de admitirem esta causa de anulação de sentenças arbitrais, é de salientar também que essa dificuldade não é maior do que a que se verifica relativamente a outros conceitos indeterminados ou cláusulas gerais que todos os sistemas jurídicos desenvolvidos utilizam<sup>[64]</sup>.

26. Não se percebe por que é que, como afirma o Dr. Robin d Andrade “a consagração deste fundamento de anulação da sentença arbitral (...) acabaria por comprometer o sentido da arbitragem e, por essa via, o cumprimento do próprio artigo II da Convenção de Nova Iorque”.

Neste artigo da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentença arbitrais estrangeiras, nada se encontra com relevância para este tema, pois que ele versa apenas sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem e não sobre o controlo da sentença que for proferida no processo nela baseado.

Nos restantes artigos desta Convenção (nomeadamente, nos art. III e V) também não se acha qualquer indicação sobre a latitude com que deva admitir-se a anulação de sentenças arbitrais perante os tribunais do Estado da sede da arbitragem, visto que os fundamentos legalmente admissíveis para a anulação de sentenças arbitrais não têm de coincidir com os que legitimam a recusa do seu reconhecimento ao abrigo desta Convenção, como reconhecem todos os seus comentadores.

27. Também não convence o modo como o Dr. Robin de Andrade procurou responder à pertinente crítica a que a sua tese se expõe, de deixar sem sanção sentenças arbitrais violadoras princípios ou valores unanimemente considerados como absolutamente inderrogáveis (só são por ele referidas as normas imperativas do direito da concorrência, mas o seu raciocínio parece abranger outras normas ou princípios de imperatividade reforçada).

Segundo o autor, “se o tribunal arbitral, pela missão que lhe é confiada pelas partes, está privado do poder de averiguar e declarar a ilicitude do contrato que é causa de pedir, a própria convenção de arbitragem é ilícita por violação de normas imperativas da lei que a regula, e como tal o que falta ao tribunal arbitral é assim uma convenção de arbitragem válida”.

[65] Decisões essas que, em número considerável, se podem encontrar nas páginas da *Revue de l'arbitrage* (relativamente às decisões dos tribunais superiores franceses e, mais recentemente, também dos suíços) e no *Yearbook Commercial Arbitration* (para os tribunais de quaisquer países relativamente aos quais os editores desta publicação conseguem obter informações sobre desenvolvimentos relevantes em matéria de arbitragem).

A verdade é que a análise das decisões de tribunais estaduais estrangeiros respeitantes à problemática aqui analisada<sup>[65]</sup> mostra que não foi com convenções de arbitragem deste teor (que é manifestamente inverosímil, dada a sua indubitável nulidade) que se confrontaram os árbitros nos casos em que a sua sentença veio a ser impugnada por violação de princípios ou regras de ordem pública.

[66] Como salientou a doutrina francesa na crítica ao Acórdão *Tissot* da *Cour de cassation* (de 1950), constitui um flagrante ilogismo defender-se que a competência do árbitro podia vir a ser infirmada após ele ter conhecido do fundo da causa e em função do que decidiu sobre este, pois que a determinação da competência do árbitro situa-se a montante da decisão sobre o fundo, não podendo resultar desta (com efeito retroactivo); sobre a jurisprudência iniciada pelo acórdão *Tissot* e as críticas de que lhe foram dirigidas pela doutrina francesa, v. o nosso artigo “*A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio - reflexões de jure condendo*” - Revista da Ordem do Advogados - Ano 66, II (Dezembro 2006), pp. 1233-1265,

Nesses casos, a origem da questão nunca foi o facto de as partes, na convenção de arbitragem, terem imposto aos árbitros que não aplicassem tais regras ou princípios. Pelo contrário, foi porque os árbitros não fizeram o que deviam, com respeito pela convenção de arbitragem e por tais princípios ou regras, que se coloca a questão de a sua sentença não poder ser tolerada pela ordem jurídica em que arbitragem está ancorada.

O que em tais casos se apresentou aos árbitros foi um pedido aparentemente normal (em regra, pecuniário) baseado num contrato *prima facie* lícito (transacção comercial ou contrato de prestação de serviços) e contendo uma cláusula arbitral que abrangia esse pedido. Assim sendo, o árbitro tinha de julgar-se *competente* para decidir sobre a pretensão apresentada e tinha de considerar esta como *arbitrável*. Só ao conhecer do mérito é que ele poderia concluir pela ilicitude do contrato, declarando-o nulo e negando, por isso, provimento ao pedido<sup>[66]</sup>.

Ora, quando verifique que o árbitro, ao decidir sobre o mérito, violou princípios de superior transcendência (que integram a “ordem pública”), o tribunal estadual deve poder anular tal decisão, por ser o único meio de se obviar a tão intolerável resultado.

**28.** Não colhe a objecção de que a consagração deste fundamento de anulação de sentenças arbitrais, numa lei sobre arbitragem voluntária, traduziria “desconfiança do Estado relativamente ao conteúdo das sentenças arbitrais”.

Se a arbitragem é um meio de resolução jurisdicional de litígios com grande utilização na actividade económica e clara preponderância no âmbito do comércio internacional, é porque os Estados criam as condições necessárias para que a sua adopção seja vantajosa

[67] Como escrevemos noutra lugar (“*A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária*” cit., pp. 51-52) “A solução (...) de não incluir a violação da ordem pública entre os fundamentos de anulação de sentença proferida em arbitragem doméstica, além de colidir com a opinião amplamente dominante na doutrina e de divergir do que se acha consagrado na grande maioria das leis estrangeiras sobre arbitragem voluntária, permite que, na prática, sejam ignorados ou infringidos princípios ou normas que se revestem de especial imperatividade, atendendo à primazia e essencialidade dos valores e interesses que tutelam. (...) Num mundo ideal, talvez se pudesse confiar em que os árbitros não deixassem nunca de impor a observância das supramencionadas normas ou princípios de ordem pública. Na prática, contudo, é legítimo duvidar que isso aconteça sempre. Não só podem os árbitros, por mero desconhecimento ou desatenção, omitir a aplicação da tais princípios ou normas, como também não se pode excluir que, por razões menos desculpáveis, como o receio de desagradar às partes, o desacordo quanto ao conteúdo desses princípios ou normas, o intuito não sobrecarregarem a sua tarefa ou até a conivência com o propósito das partes de se subtraírem ao alcance de normas ou princípios tidas como contrárias aos seus interesses, eles permitam conscientemente que, através da sentença que proferirem, sejam postergado ou violados princípios ou normas de crucial importância e inquestionável inderrogabilidade, sem que contra isso fique a existir remédio eficaz”.

[68] São disso exemplos, entre outras, as normas do art. 60º, nº 7, do Decreto-Lei nº 180/99, de 22 de Maio (sobre os direitos reais de habitação periódica e de habitação turística relativos imóveis sítos em Portugal), o entretanto revogado art. 33º do Decreto-Lei nº 220/95, de 21 de

para as partes, entre as quais figura o estabelecimento de dispositivos e requisitos que assegurem a sua credibilidade e eficácia.

Os Estados não podem, por isso, prescindir da verificação de que esses dispositivos e condições são respeitados na prática das arbitragens que têm lugar no seu território<sup>[67]</sup>.

29. Considera, por último, o Dr. Robin de Andrade que, sendo as chamadas *lois de police* uma importante componente da ordem pública e não sendo elas mais do que normas jurídicas imperativas de direito administrativo, o facto de o direito português consagrar um regime mais favorável à arbitragem em matéria de direito administrativo do que o que vigora noutros países forneceria justificação para a solução adoptada no Projecto de Nova LAV da APA.

A esta consideração cabe retorquir, em primeiro lugar, ser incorrecto qualificar-se as *lois de police* (entre nós designadas por “normas de aplicação imediata” ou “de aplicação necessária”) como normas de direito administrativo, sabido como é que numerosas normas do nosso sistema jurídico que cabem nessa categoria pertencem inquestionavelmente ao direito privado<sup>[68]</sup>.

Janeiro (sobre cláusulas contratuais gerais), o art. IIº do Decreto-lei nº 67/2003, de 8 de Abril, e o art. 40º do Decreto lei 95/2006, de 29 de Maio (ambos relativos a contratos celebrados com consumidores). Outras “normas de aplicação imediata” há que, não pertencendo ao direito privado, também não são normas de direito administrativo, como é o caso do art. 1º, nº 2, da Lei nº 18/2003, que aprova o regime jurídico da concorrência.

Independentemente disto, não se percebe como é que a latitude com que o legislador português admitiu a arbitrabilidade dos litígios de direito administrativo poderia “legitimar” a opção tomada no Projecto da APA relativamente ao tema abordado no presente escrito. A verdade é que do regime da arbitragem desses litígios no direito português nenhuma indicação resulta no sentido da desvalorização da função que incumbe aos tribunais estaduais, de assegurarem o respeito dos princípios e valores que constituem pedras angulares do nosso sistema jurídico.

### ÂMBITO DO CONTROLO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS PELOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

30. Demonstrada com ficou a necessidade da previsão legal do escrutínio das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais competentes, sob o ângulo da sua compatibilidade com a ordem pública (da *lex arbitri*), importa agora determinar com que âmbito deve esse controlo ser permitido, para que ele seja eficazmente exercido, sem que a sua indispensável função seja desnaturada, pondo-se em causa o importante valor da “definitividade” dessas sentenças.

[69] V. Eric Loquin – *Note de Jurisprudence* - Revue de l'arbitrage, 1999, n° 1 pp. 74-79 ; no mesmo

31.I. Se a *lex arbitri* mandar que os tribunais estaduais escrutinem as sentenças arbitrais para verificarem a sua conformidade com a ordem pública, esse controlo tem de ser efectivo<sup>[69]</sup>, o que implica o preenchimento de vários requisitos.

Em primeiro lugar, tal controlo não pode limitar-se a um exame da “parte dispositiva” da sentença, que se desinteresse da respectiva fundamentação.

O que importa averiguar é se a solução que os árbitros adoptaram quanto ao fundo da questão colide ou não com a ordem pública. Ora, a “parte dispositiva” da sentença arbitral raramente consagra uma solução contrária à ordem pública, sendo geralmente “neutra” em relação a esta<sup>[70]</sup>. Só o exame dos motivos da decisão arbitral e dos dados do caso permite concluir se decisão constante do seu “dispositivo” ofende ou não a ordem pública. Se assim não fosse, a protecção da ordem pública visada com a consagração deste fundamento de impugnação das sentenças arbitrais, seria ilusória<sup>[71]</sup>.

**30.2.** Em segundo lugar, o controlo da sentença arbitral pelo juiz não pode cingir-se a um exame do direito, devendo também incidir sobre os factos apreciados pelo árbitro. Como salientou Christophe

[70] Como salientou J. B. Racine – *ob. cit.*, p. 544; Ch. Seraglini – “*L’intensité du contrôle du respect par l’arbitre de l’ordre public*” - *Note de Jurisprudence* - *Revue de l’arbitrage*, 2001, n° 4, n° 1 pp. 781-804, e *Les Lois de Police* cit., p. 203; Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 730; Gary Born – *International Commercial Arbitration* – vol. II – 2009, Wolters Kluwer, pp. 2624.

[71] Ch. Seraglini – *Note de Jurisprudence* cit., e também “*Les Lois de Police*” cit., p.203.

[72] *Les Lois de Police* cit., p. 203 e *Note de Jurisprudence* cit.; v. ainda, no mesmo sentido, J. B. Racine – *ob. cit.*, p. 551; Fouchard, Gaillard, Goldman – *ob. cit.*, p. 925; Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 739.

[73] Eric Loquin – *ob. cit.*, p. 77; Ch. Seraglini – *Note de Jurisprudence* cit. e *Les Lois de Police* cit., p. 203.

Seraglini, dado que a regra de direito tem um carácter hipotético, a sua aplicação pressupõe a reunião e caracterização de certos factos. Se não existir um controlo que os abranja, bastará ao árbitro, para escapar à censura, declarar que os factos que desencadeiam a aplicação da regra de ordem pública não estão reunidos<sup>[72]</sup>.

Em contrapartida, para evitar que este escrutínio da sentença arbitral se transforme numa reapreciação do mérito do litígio decidido pelo árbitro, faz sentido defender que o juiz analise a situação a partir dos elementos de facto tal como foram apresentados ao árbitro (e foram documentados ou relatados no processo) e que desconsidere factos que não foram submetidos a este<sup>[73]</sup>.

**30.3.** Em terceiro lugar, um controlo efectivo da sentença arbitral sob este ângulo impõe que o juiz examine tanto a interpretação como a qualificação

[74] Eric Loquin – *ob. cit.* p. 77.

[75] *Ob. cit.*, p. 75; v. também, no mesmo sentido, Pierre Mayer – *ob. cit.*, pp. 629-630; J. B. Racine – *ob. cit.*, pp. 548-551, Ch. Seraglini – *Note de Jurisprudence cit.* e *Les Lois de Police cit.*, pp. 199 e 203; Louis Christophe Delanoy – “*Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions*” - *Revue de l'arbitrage* - 2007, n. 2, p. 189-200; Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 739-740.

[76] Ch. Seraglini – *Les Lois de Police cit.*, p. 203; Eric Loquin – *ob. cit.*, pp. 74-75; Sylvain Bollée – *Note de Jurisprudence* - *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 1 pp. 106-107. Como escreveu este último autor, “il est évident que le contrôle du respect de l'ordre public ne peut avoir de sens que s'il est relié au raisonnement juridique sur la base duquel les arbitres se sont déterminés. En effet, ce contrôle ne peut que passer, d'une manière ou d'une autre, par une comparaison entre le résultat consacré par la sentence et celui auquel aurait abouti, selon le juge, une application correcte des dispositions en cause. Or une telle comparaison implique, *par hypothèse*, une forme de révision au fond. Interdire cette dernière opération au juge revient donc inéluctablement à supprimer le contrôle de conformité à l'ordre public lui-même, dans toute la mesure de ladite interdiction”.

[77] Ch. Seraglini – *Note de Jurisprudence cit.* e *Les Lois de Police cit.*, p. 203 Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 739.

do contrato litigioso. Como observou Eric Loquin, qualificar o contrato é decidir que regras de direito lhe são aplicáveis; qualificar mal o contrato é afastar regras que lhe seriam normalmente destinadas. Se as regras ou princípios não aplicados pelo árbitro integravam a ordem pública, é indubitável que esta foi por ele ofendida<sup>[74]</sup>.

Consequentemente, se o juiz não puder pôr em causa a interpretação ou qualificação do contrato feita pelo árbitro, ele apenas fará um “controlo da aparência de conformidade da sentença com a ordem pública”<sup>[75]</sup>.

Todo o raciocínio seguido pelo árbitro deve, por isso, poder ser objecto de exame do juiz, tanto em matéria de direito quanto em matéria de facto, desde que isso tenha influência sobre a aplicabilidade de um princípio ou regra de ordem pública<sup>[76]</sup>

31.4. O controlo da sentença arbitral, em matéria de direito, deve abranger não só a aplicabilidade das normas e princípios de ordem pública vocacionados para reger a situação litigiosa, mas também a concreta aplicação pelo árbitro de tais regras e princípios. O juiz não pode contentar-se com a verificação da aplicabilidade dessas regras ou princípios de ordem pública, limitando-se a verificar se eles “foram tidos em conta” pelo árbitro, sem escrutinar o modo como este realmente os aplicou<sup>[77]</sup>.

3I.5. Na doutrina da especialidade, é pacífico o entendimento de que os árbitros tem o poder e o dever de aplicar oficiosamente os princípios e regras que integram a ordem pública, mesmo que as partes não os hajam introduzido no debate realizado no processo arbitral, sob condição da observância do princípio do contraditório. O respeito por esses princípios e regras não pode ser condicionado pela atitude das partes, visto que estas não têm um poder de disposição sobre os princípios e regras que integram a ordem pública<sup>[78]</sup>.

Por idênticas razões, a violação da ordem pública deve poder ser invocada perante o juiz competente para a anulação da sentença arbitral, mesmo quando não tivesse sido alegada perante os árbitros. Como tem sido repetidamente afirmado pela *Cour d'appel* de Paris, a salvaguarda da ordem pública implica que esta não dependa do que tenha sido a atitude das partes ou da iniciativa do árbitro, durante o processo arbitral<sup>[79]</sup>.

[78] V., neste sentido, a jurisprudência repetidamente afirmada pela *Cour d'appel* de Paris, referida, concordantemente, por Ch. Seraglini – *Note de Jurisprudence cit.* e *Les Lois de Police cit.*, p. 203; v., no mesmo sentido, J. B. Racine – *ob. cit.*, p. 147 e os autores aí citados.

[79] V., neste sentido, a juntar a muitos outros, o acórdão da *Cour d'appel* de Paris de 22.10.2009, publicado na *Revue de l'arbitrage*, 2010, n° I, pp.124-129, e a citação de doutrina concordante, feita na respectiva anotação por Fr. Xavier Train; v., no mesmo sentido, Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 740.

[80] Ch. Seraglini – *Les Lois de Police cit.*, p. 206, e *Note de Jurisprudence cit.*

3I.6. Embora o controlo da compatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública a cargo do juiz tenha de ser efectivo, ele deve exercido de modo comedido, de modo não conduzir à “revisão” daquela sentença nem à sistemática anulação da decisão do árbitro que cometeu um erro, ao proferi-la.

Assim, não basta que tenha existido uma mera *violação formal* da ordem pública (a mera inobservância das normas de o. p. aplicáveis ao caso). É necessário que se tenha verificado uma *violação efectiva ou concreta* de regras ou princípios de ordem pública (*i.e.*, que os seus objectivos específicos tenham sido afrontados), para que se possa anular a sentença arbitral<sup>[80]</sup>.

[81] Ch. Seraglini – *Les Lois de Police* cit., p. 207, e *Note de Jurisprudence* cit.

[82] Como escreveu Berthold Goldman, “o árbitro tem o direito de se enganar e não é por se ter enganado que tem de se anular a sua sentença” (citado em J. B. Racine – *ob. cit.*, p. 550). Defendendo que nem o simples erro de direito nem a “desnaturação” (*i.e.*, errada interpretação) do teor do contrato pelo árbitro justifica a anulação da sua sentença, v. Eric Loquin – *ob. cit.*, p. 77, e Ch. Seraglini – *Les Lois de Police* cit., pp 206-207, e *Note de Jurisprudence* cit.

[83] Ch. Seraglini – *Les Lois de Police* cit., p. 204, e *Note de Jurisprudence* cit.

[84] V. Pierre Mayer – *ob. cit.*, p. 637; L.Ch. Delanoy – *ob. cit.*, p. 189

Deve, por isso, ser mantida uma sentença arbitral que, embora ignore formalmente uma regra ou princípio de ordem pública, não consagre no final uma situação inconciliável com o que resultaria da correcta aplicação de tal norma ou princípio<sup>[81]</sup>.

3I.7. Mas nem todo o desvio do árbitro em relação à correcta aplicação de uma norma ou princípio de ordem pública merece ser sancionado pelo juiz. Não basta a verificação de que o árbitro cometeu um *error in iudicando*, para que o juiz anule a sua sentença<sup>[82]</sup>.

O controlo do juiz sobre a sentença do árbitro deve ser efectuado com o fim preciso de apurar se a situação criada pela sentença arbitral ofendeu,

concreta e gravemente, os objectivos prosseguidos pelas regras e princípios de ordem pública aplicáveis ao caso.

Para esse efeito, o juiz deve, confrontando a solução acolhida pelo árbitro com a que ele teria adoptado, examinar os efeitos decorrentes da aplicação das regras ou princípios de ordem pública ao caso em apreço. Só se justifica a anulação da sentença arbitral, se a situação criada por esta colidir com os fins prosseguidos por aquelas regras ou princípios<sup>[83]</sup>.

É o conteúdo da sentença arbitral que é controlado, mas é em função do seu resultado que ela será sancionada. Embora todo raciocínio do árbitro deva poder ser examinado pelo juiz, o controlo deste deve incidir, não sobre esse raciocínio, mas sobre a solução dada ao litígio<sup>[84]</sup>.

3I.8. Quando verifique que o árbitro errou, deve o juiz, comparando a situação criada pela sentença arbitral com a que resultaria da correcta aplicação da regra ou princípio de or-

dem pública desaplicada pelo árbitro<sup>[85]</sup>, verificar se é *grave* a divergência detectada entre essas duas situações, à luz dos objectivos prosseguidos por tal norma ou princípio, pois só uma ofensa concreta e séria (*grave*) aos fins que aqueles prosseguem deve ser sancionada<sup>[86]</sup>.

Não devem, por isso, ser anuladas sentenças arbitrais que, apesar de conterem erros flagrantes, não têm consequências importantes sob o ponto de vista dos objectivos visados pelas disposições de ordem pública em causa.<sup>[87]</sup>

3I.9. Ainda no sentido da desejável contenção do controlo judicial sobre sentença arbitral, aderimos ao entendimento defendido por diversos autores<sup>[88]</sup>, no sentido de não se anular a sentença arbitral que, apesar de ter desaplicado a norma ou princípio de ordem pública vocacionada para reger a situação em causa, chegou a um resultado equivalente àquele a que conduziria a

correcta aplicação dessa norma ou princípio, não sendo lesivo dos interesses por ela protegidos.

Por exemplo, no caso em que uma disposição de ordem pública determinava a anulação do contrato e o árbitro, embora tivesse recusado a aplicação daquela disposição, anulou o contrato por outro motivo, a sentença arbitral não deve ser sancionada.<sup>[89]</sup>

3I.10. Se entendemos que só uma ofensa aos fins prosseguidos pela norma ou princípio de ordem pública que seja efectiva, concreta e grave justifica a anulação da sentença arbitral, já não concordamos que tal ofensa tenha de ser “flagrante” (requisito

[85] V. Ch. Seraglino – *Les Lois de Police* cit., p. 206, e *Note de Jurisprudence* cit.; J. B. Racine – *ob cit.*, p. 550.

[86] V. Ch. Seraglino – *Les Lois de Police*, cit., p. 206, e *Note de Jurisprudence*, cit.

[87] V. Ch. Seraglino – *Les Lois de Police*, cit., p. 204, e *Note de Jurisprudence*, cit.

[88] V. Ch. Seraglino – *Les Lois de Police*, cit., p. 208; Bernard Hantiau and Olivier Caprasse – *ob.cit.*, p. 740. Este entendimento constitui uma aplicação daquilo que Philippe Fouchard designou por “teoria da equivalência”.

[89] Ch. Seraglino – *Les Lois de Police* cit., p. 204, e *Note de Jurisprudence* cit.

[90] V., entre outros, L. Ch. Delanoy – *ob cit.*, p. 214-216.

[91] Hipótese que só é configurável teoricamente, desde que os árbitros sejam minimamente competentes ao redigir a sua sentença,

[92] V. Eric Loquin – *ob cit.*, p. 75, e Ch. Seraglini – *Les Lois de Police cit.*, p. 199; L. Ch. Delanoy – *ob cit.*, pp. 185, 214). Criticando tal jurisprudência, Ch. Seraglini qualificou-a como uma “demissão do juízes”, enquanto L. Ch. Delanoy (*ob cit.*, p. 214) observou que ela transforma o juiz a quem caiba efectuar este controlo da sentença arbitral, numa espécie de *judge de référés* que faz apenas uma apreciação *prima facie* da questão que lhe é submetida.

[93] Neste sentido, Ch. Seraglini – *Les Lois de Police cit.*, p. 208.

este que, desde há alguns anos, vem sendo afirmado pela *Cour de cassation* francesa e é fortemente criticado por parte da doutrina deste país<sup>[90]</sup>).

Este requisito conduz, na verdade, a limitar a sanção da contrariedade da sentença arbitral a normas de ordem pública aos casos em que essa desconformidade apareça na própria sentença, através de uma violação expressa ou manifesta de tais normas<sup>[91]</sup>, não se questionando a interpretação e qualificação efectuadas pelos árbitros. Ora, um controlo do juiz cantonado à mera aparência de conformidade da sentença com a ordem pública não passa de uma “aparência de controlo”<sup>[92]</sup>.

31.II. A solução que ficou descrita e a que aderimos, assegurando o equilíbrio dos interesses em presença, não equivale exactamente a uma “revisão” da sentença arbitral nem é necessariamente contrária à eficácia da arbitragem. Por um lado, reconhece-se ao árbitro competência para aplicar as regras e princípios de ordem pública; por outro, procura-se não facilitar a inutilização da instância arbitral e da decisão nela proferida.

A circunstância de estarem em causa regras ou princípios de ordem pública, exigindo um rigor dificilmente contornável, não implica que o controlo judicial da sentença arbitral, sob este ponto de vista, constitua um perigo para a eficácia da arbitragem. Pelo contrário, se se mantiver dentro dos limites que deixámos enunciados, esse controlo contribuirá, a nosso ver, para reforçar a aceitabilidade daquela não só pelos Estados mas também pelos particulares<sup>[93]</sup>.

## O ACÓRDÃO DO STJ DE 10.07.2008

### E O COMENTÁRIO DA DOCTRINA

32. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.07.2008 (Proc.1968/08), que reconheceu que a ofensa da ordem pública constitui, perante o direito em vigor, um admissível fundamento de anulação de sentenças arbitrais, aplicou os critérios que devem reger a verificação da compatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública, de um modo que se pode considerar como globalmente correcto, não obstante algumas ambiguidades existentes na fundamentação desta decisão.

Nesse acórdão, entendeu o S.T.J. que, não sendo seguro que se tivesse provado na arbitragem em causa que a cláusula penal aí apreciada tinha uma finalidade meramente indemnizatória, não era líquido que os árbitros tivessem violado uma qualquer norma (imperativa ou não) de direito civil, mesmo considerando que, no processo arbitral, se provara que a violação do contrato não havia causado qualquer dano à parte que reclamara o pagamento do montante da cláusula estipulada.

E mesmo que, porventura, se pudesse concluir que a solução consagrada na sentença arbitral era contrária a uma norma imperativa do direito português, isso não implicaria, segundo o Supremo Tribunal de Justiça, declará-la como violadora ordem pública (interna) do direito português. Foi acertada esta decisão.

33. Este Acórdão foi objecto de uma anotação da autoria das Professoras Assunção Cristas e Mariana França Gouveia<sup>[94]</sup>, cujo conteúdo acompanhamos, em grande parte, merecendo-nos, porém, clara discordância algumas das considerações aí feitas, mais precisamente, aquelas em que as autoras procuram definir o âmbito do contro-

[94] “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Acórdão do STJ de 10.07.2010, Proc. 1698/08” – Cadernos de Direito Privado, n.º 29 (Janeiro/Março de 2010), pp. 41-56

[95] Caso se concluísse terem as partes querido estipular uma cláusula penal de natureza meramente ressarcitória, esse eventual erro de julgamento consistiria em terem condenado a parte faltosa no seu pagamento, não obstante se ter provado que o incumprimento não causou qualquer e prejuízo à outra parte. No entanto, dado que para boa parte da doutrina civilista e da jurisprudência portuguesas, o montante da cláusula penal é devido mesmo que a parte que a reclama não haja sofrido prejuízo por causa do incumprimento que determina a sua aplicação (*cf.*, entre outros, Inocêncio Galvão Teles - *Direito da Obrigações* - 7ª ed., 1997, p. 440; João Calvão e Silva - *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 1987, Coimbra, BFDUC - Suplementos, p. 249), à luz deste entendimento não se poderia sequer identificar aí um hipotético erro de julgamento dos árbitros.

lo dos tribunais estaduais relativo à conformidade da sentença arbitral com a “ordem pública”.

Como foi atrás explicado, não havendo recurso da sentença arbitral, os árbitros podem errar no apuramento dos factos ou aplicação do direito, sem que isso ponha em causa a subsistência da sua sentença. Por maioria de razão assim é quando, como no caso decidido por esse Acórdão, só numa das qualificações possíveis da factualidade apreciada na decisão arbitral se poderia talvez<sup>[95]</sup> identificar um possível erro de julgamento.

Mas, como também deixámos salientado, quando os árbitros, interpretando mal o contrato ou errando na aplicação da norma legal vocacionada para o reger, cometem um *error in iudicando*, isso não justifica, por si só, que a sua sentença seja anulada com fundamento em ofensa da ordem pública.

Aplicando ao caso decidido pelo citado acórdão do S.T.J. os supramencionados parâmetros delimitadores do controlo das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais, sob o ponto de vista da sua compatibilidade com a ordem pública, não é difícil concluir que, sendo admissível na ordem jurídica portuguesa, segundo o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, a estipulação de cláusulas penais com finalidade exclusiva ou predominantemente coercitiva ou compulsória, a sentença arbitral em causa nunca poderia ser anulada com fundamento em ofensa da ordem pública do sistema jurídico português, fosse qual fosse a intenção das partes ao estipularem a cláusula apreciada nessa arbitragem.

Na verdade, se a sentença arbitral tivesse condenado uma das partes no pagamento da cláusula penal acordada para o caso de incumprimento, ainda que não se tivesse provado que deste resultara prejuízo para a outra parte, essa sentença não deveria ser anulada,

mesmo que se houvesse apurado que as partes quiseram estipular uma cláusula penal de tipo indemnizatório (*i.e.*, de mera liquidação antecipada do dano), pois que, ao decidirem assim, os árbitros estariam, quando muito, a infringir as normas constantes do n.ºs 2 e 3 do art. 811.º do Código Civil (ou o princípio aí implicitamente consignado de que as cláusulas penais que têm a configuração desenhada nesse artigo requerem que se prove que o incumprimento causou dano à outra parte<sup>[96]</sup>). Mas tais normas não têm natureza imperativa, visto que as partes podem configurar, como livremente entenderem, a função das cláusulas penais que estipulem (com finalidade meramente indemnizatória ou puramente sancionatória ou com ambas estas finalidades) e muito menos podem considerar-se com integrando a ordem pública. Nestas condições, falta qualquer base para se colocar, como fizeram as distintas anotadoras, a hipótese de uma possível ofensa da ordem pública do sistema jurídico português pela sentença arbitral apreciada pelo citado acórdão do S.T.J.

Onde reina sem limitações a liberdade contratual não existem regras ou princípios de ordem pública dotados da especial inderrogabilidade que os caracteriza.

34. Não se vê, por outro lado, como poderá uma sentença arbitral violar o *princípio de autonomia de vontade* concretizado no *princípio da liberdade contratual*<sup>[97]</sup> e, com isso, ofender a ordem pública do Estado Português, dado que esse princípio tem conteúdo essencialmente permissivo e é sujeito a inúmeras limitações que são, estas sim, inspiradas por princípios ou valores de ordem pública.

Tanto quanto conseguimos vislumbrar, o *princípio da liberdade contratual* só seria violado na hipótese extravagante (que tem de desconsiderar-se para efeitos de raciocínio) de os árbitros imporem uma regulamentação

[96] Solução que, repetimos, parte da doutrina civilista defende não vigorar na ordem jurídica portuguesa.

[97] Para estas autoras, essa violação seria constituída "pela imposição em tribunal arbitral de um solução que contrarie o acordo das partes, sem que obedeça qualquer comando determinado por outro princípio" (*ob. cit.*, pp. 55-56).

[98] Erro que, para parte da doutrina, não existiria sequer como salientamos.

[99] Pois que (quase) sempre poderia a parte insatisfeita com a sentença arbitral alegar que o erro na aplicação do direito nela detectado originou “uma solução que contrariou o acordo das partes”.

de interesses absolutamente desconforme com o que as partes convencionaram, por arbitrariamente lhes negarem o direito de auto-regularem os seus interesses.

Acresce que qualificar como uma infracção aos princípios *de autonomia de vontade* ou *da liberdade contratual* o que seria, quando muito, uma errada<sup>[98]</sup> aplicação de normas de direito civil (não imperativas) vocacionadas para regular o caso, equivale a sujeitar a decisão

dos árbitros sobre o fundo da causa à reapreciação do mérito que é própria dos recursos ordinários interpostos das decisão judiciais de 1<sup>a</sup> instância.

Se tal entendimento fosse acolhido, o controlo das decisões arbitrais em nome da salvaguarda da ordem pública transformar-se-ia em meio de reacção contra qualquer erro dos árbitros na aplicação do direito material à facticidade controvertida<sup>[99]</sup>, o que aniquilaria a definitividade das sentenças arbitrais.

É possível que as distintas anotadoras não tenham querido defender exactamente aquilo que escreveram, mas o que se lê na parte final do seu artigo acaba por dar argumentos aos que se opõem a que a “contrariedade à ordem pública” como fundamento de anulação de sentenças arbitrais (proferidas em arbitragens internas) possa desempenhar a sua essencial função de “cláusula de salvaguarda” do sistema jurídico.