

A Ordem Pública na Arbitragem

Manuel Pereira Barrocas
Advogado e Árbitro

Índice

1. Conceito de Ordem Pública
2. Ordem Pública Internacional e Ordem Pública Interna
3. Ordem Pública Transnacional
4. Arbitragem Interna e a Arbitragem Internacional
5. A Questão Nuclear em Arbitragem no Âmbito da Relação de um Estado com a Ordem Pública Internacional de um Outro Estado: o Reconhecimento e a Execução Neste Último das Sentenças Arbitrais do Primeiro Estado
6. A Ordem Pública Internacional e a Anulação de Sentenças Arbitrais Domésticas
7. Conceito de Ordem Pública Relevante para a LAV
8. Conceito da Ordem Pública, a sua Evolução e o Direito Comparado
9. As Normas de Aplicação Imediata (*Lois de Police*) e a Ordem Pública
10. A Arbitrabilidade e a Ordem Pública
11. Conteúdo da Ordem Pública Internacional do Estado Português
12. A Vinculação do Estado Português ao Cumprimento da Convenção de Nova Iorque de 1958
13. A Questão do Reconhecimento Integral ou Apenas Parcial de uma Sentença Arbitral Estrangeira
14. Conclusões

1. Conceito de Ordem Pública

A ordem pública constitui para a arbitragem um limite, conceptualmente abstrato, à validade das sentenças arbitrais proferidas na arbitragem interna e um limite, igualmente abstrato, à eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras, entendendo-se como tais as que são proferidas num determinado estado, mas cuja eficácia se pretende estender ao exterior desse estado, mediante a sua execução noutro ou noutros estados.

Uma primeira clarificação do conceito impõe que se diga que a ordem pública relevante em arbitragem constitui um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, económica e social próprios desse estado.¹

Não é imutável, pois varia no tempo conforme a mutação dos valores ou das necessidades sentidas pela comunidade respetiva. No entanto, apresenta-se e mantém-se no tempo com elevado grau de estabilidade e constância.

Tentando evitar o carácter redutor que uma definição pode representar, arriscamos a dizer que *a ordem pública constitui um complexo normativo de conteúdo ético-sócio-económico formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respetivo com prevalência sobre*

¹ Para melhor compreensão do conceito, ver, entre outros, Manual de Arbitragem, Manuel Pereira Barrocas, 2ª edição, Almedina 2013, pág. 449 e segs., especialmente a págs. 452.

*outras normas, princípio ou valores de uma ordem jurídica estrangeira estranhos ou conflitantes com ela.*²

A tarefa principal deste artigo consiste em contribuir para o esclarecimento, para além de outros aspetos que se relacionam com a Ordem Pública e as suas espécies, o que na verdade integra o conceito de ordem pública relevante em arbitragem, segundo o direito comparado e a legislação portuguesa, temas a que nos dedicaremos sobretudo nos números 8 e 11 adiante.

2. Ordem Pública Internacional e Ordem Pública Interna

Esta distinção requer, igualmente, uma clarificação prévia, muito importante: ambos os conceitos de ordem pública, apesar da inclusão do adjetivo *internacional* num deles, pertencem à ordem pública nacional de um determinado estado. Por isso, se pode dizer que esse elemento adjetivo é enganador. Trata-se, na realidade, de dois ângulos de análise de uma e única realidade: a ordem pública de uma determinada comunidade juridicamente organizada.

Isto posto, como se distinguem?

A ordem pública interna é constituída pelo conjunto de normas de direito positivo portuguesas que implicam uma opção imperativa do legislador na sua aplicação por serem consideradas relativas ao interesse e ordem pública.

O legislador não deixou ao arbítrio dos destinatários dessas normas a possibilidade de exercerem uma vontade supletiva ou suscetível de vontade ou acordo em contrário do comando que a norma estabelece. É de ordem pública nesta aceção o que é *de interesse e ordem pública* e, portanto, o que é na sua aplicação imperativamente imposto por lei.

Ora, em arbitragem, os árbitros devem cumprir as normas imperativas da lei aplicável ao processo arbitral e ao *thema decidendum*, sem qualquer opção pelo contrário. Tal como o juiz, o árbitro deve aplicar os princípios jurídicos e as normas jurídicas que lhes são impostas pela ordem ou ordens jurídicas aplicáveis.

Simplesmente, uma coisa é o dever de interpretar e aplicar as leis imperativas, outra coisa é a questão da sanção aplicável às sentenças arbitrais que não sejam válidas por incumprimento de normas imperativas.

Nesta matéria, para sermos mais precisos, importa dizer que a arbitragem beneficia de um *favor arbitrandum* que coloca as sentenças arbitrais a coberto de qualquer sanção anulatória que não seja baseada apenas nos fundamentos tipificados na lei (ver o artigo 46º, número 3., da LAV).

Ora, quase todos esses fundamentos são de natureza processual ou relativos à convenção de arbitragem ou, ainda, podem respeitar à decisão de mérito da sentença arbitral.

Apenas num caso, porém, a anulação pode ter por fundamento a questão de mérito ressalvada, embora apenas parcialmente, a hipótese da sublínea v) da alínea a) do número 3., do artigo 46º, da LAV. Esse caso único expressa-se pela violação da ordem pública internacional do Estado português que pode ser conhecida, em sede anulatória, pelo tribunal estadual sempre que o conteúdo da sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica³ ofenda os princípios daquela ordem pública internacional.

A violação pode também respeitar, embora menos frequentemente, aos casos de infração de princípios de caráter adjetivo da ordem pública internacional.

Concluindo, em arbitragem, ficam assim sem possibilidade de serem anuladas todas as sentenças arbitrais, proferidas em arbitragem localizada em Portugal, que, embora violadoras de normas imperativas da lei portuguesa, não sejam enquadráveis em qualquer dos fundamentos de anulação tipificados no referido artigo 46º, número 3., da LAV. Aliás, isso também sucede na

² Ibidem, pág. 452. Deve notar-se que a definição dada corresponde ao conceito de *ordem pública internacional* de um estado, conceito que melhor será visto *infra*.

³ Referimo-nos, naturalmente, à arbitragem doméstica, porque na arbitragem que tenha lugar fora de Portugal os tribunais portugueses não têm competência para declarar a anulação de qualquer sentença arbitral.

maioria das ordens jurídicas de todo o Mundo e, em particular, naquelas em que a lei arbitral respetiva é baseada na Lei-Modelo da UNCITRAL.

Em que consiste, então, a ordem pública internacional de um estado e logo, *in casu*, em particular do Estado português?

Todas as ordens jurídicas de todos os estados existentes encontram-se ou podem vir, em qualquer momento, a encontrar-se face a face com outras ordens jurídicas estrangeiras, seja por força das relações entre os estados, seja por força de contratos celebrados entre cidadãos residentes ou empresas sediadas em cada um dos estados em presença, seja por força das relações de carácter civil estabelecidas entre cidadãos dos estados, seja ainda por qualquer outro facto.

A solução jurídica suscetível de ser obtida num dos estados em obediência à sua ordem jurídica pode assim ser diferente, e normalmente existem muitas e boas razões para que tal suceda, da solução jurídica que seria obtível num outro estado. Devem, em princípio, essas divergências ser respeitadas pelos outros estados.

A vontade das partes por escolha, em primeiro lugar, da lei aplicável, com ou sem o recurso a normas de conflitos vigentes em cada país, e, em último caso, a decisão dos próprios julgadores (juízes ou árbitros) que sejam chamados a dirimir um litígio, determinam o normativo jurídico aplicável a cada caso. Na maioria das situações, sobretudo entre estados da mesma família jurídica e da mesma ou semelhante matriz cultural, as leis dos diferentes estados harmonizam-se, não se colocando questões de conflito significativo entre uma solução jurídica obtida num dos estados em presença por aplicação da sua lei e outra que pudesse ser obtida num outro estado se o litígio tivesse sido nele submetido e para ser resolvido segundo a lei deste último.

Porém, se tal não suceder, e nos casos em que o conteúdo de uma decisão judicial ou arbitral proferida num dos estados em presença seja tão flagrantemente violadora da ordem pública internacional própria do outro estado no qual a parte interessada pretenda fazer valer, executoriamente, a sentença proferida em conformidade com a sua ordem jurídica ou a ordem jurídica de um terceiro estado, coloca-se a questão de saber se o estado recipiente aceita reconhecer e, posteriormente, executar essa sentença estrangeira.

Na grande maioria dos casos, a sentença estrangeira é aceite e confirmada pelo outro ou outros estados, mesmo que o conteúdo dessa sentença não esteja de acordo, nem cumpra ou até mesmo ofenda a ordem jurídica imperativa do estado recipiente. Na verdade, como se disse, é mesmo normal que em muitos casos as leis sejam diferentes de estado para estado. A desconformidade das leis, só por si, não é fundamento de recusa de reconhecimento.

Mas uma coisa é uma divergência normal, corrente, mesmo que seja, como se disse, violadora de uma norma imperativa do estado recipiente, outra coisa é uma desconformidade que ofenda a ordem pública internacional desse estado.

O que é, portanto, uma desconformidade dessa natureza? Ou, por outras palavras, quão importante deve ser o princípio ou a norma de ordem pública internacional do estado recipiente para que a sentença não possa nele ser reconhecida e executada?

A resposta é: são os princípios ou as normas jurídicas de direito positivo que integram e protegem os valores fundamentais de ordem ética, económica ou social própria da comunidade do estado recipiente de que este não abdica de ver respeitados. Isto é, a sua ordem pública internacional.

Adiante, mediante exemplos extraídos da jurisprudência de vários países estudados, ser-nos-à dado conhecer o que pode integrar e o que normalmente não integra a ordem pública internacional de um estado.

Note-se que a LAV adota o mesmo conceito de *ordem pública internacional do Estado português* nos dois casos previstos, um no artigo 46º, número 3., alínea b) (ii), isto é, para efeitos e no âmbito de uma ação de anulação de uma sentença arbitral proferida em arbitragem interna

(cfr. artigo 61º da LAV), e outro na hipótese do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, isto é, proferida em arbitragem que não tenha tido lugar em Portugal, ou seja, para os efeitos e no âmbito do disposto no artigo 56º, número 1., alínea b) (ii) da LAV.

Nesta matéria, esta lei adotou uma opção correta e mostra-se de acordo com as mais modernas concepções da função e do conceito de ordem pública internacional de um estado, fazendo coincidir o conteúdo da ordem pública do Estado português, *in casu* a ordem pública internacional do Estado português, em ambos os domínios da arbitragem interna e da arbitragem estrangeira.

Mas, pergunta-se, como pode no limite uma ordem pública dita internacional invalidar, mediante uma ação de anulação, uma sentença arbitral totalmente nacional, em que a arbitragem, designadamente, teve lugar em Portugal, a lei portuguesa foi aplicável, quer ao processo arbitral (*lex arbitri*), quer ao mérito da causa e, a crescer, eram portugueses as partes e os interesses em litígio situavam-se totalmente em Portugal e aqui, e só aqui, produziam os seus efeitos?

Isso pode suceder e é essa a vontade da lei arbitral portuguesa, mediante uma ficção que a LAV operou. Na verdade, com o propósito de uniformizar ou aproximar o mais possível os fundamentos de anulação de uma sentença arbitral doméstica e os fundamentos de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, denotando assim um propósito não discriminatório relativamente à arbitragem internacional ou a uma arbitragem doméstica estrangeira, seja ou não internacional o litígio, a LAV estatuiu as matérias em que a ordem jurídica portuguesa não cede perante uma sentença baseada numa ordem jurídica estrangeira e aceita que as mesmas matérias, todavia sempre com um propósito anti-discriminatório, também sirvam para anular uma sentença arbitral doméstica proferida quer numa pura arbitragem doméstica, como se vê do citado preceito do artigo 46º, quer numa arbitragem internacional sediada em Portugal (artigo 54º).

3. Ordem Pública Transnacional

Diferente dos dois anteriores é este conceito que, aliás, alguns ilustres autores franceses, não sem alguma francofonia exagerada, afirmam, sem mais, não existir segundo a ótica dos tribunais gauleses.

Ora, sem que nos envolvamos em abstrações pouco utilitárias e concretas, o certo é que se tem sustentado, com o que aliás concordamos, que existe um conjunto mais ou menos vasto de princípios e normas de caráter não jurídico positivo, mas fruto da ciência do Direito, do Direito Natural ou do sentimento de jurisdição universal ou largamente transnacional, que constituem elementos enformadores da ordem jurídica internacional comum a inúmeros estados. São exemplos disso grandes princípios do Direito das Obrigações como é o caso do *pacta sunt servanda*, do princípio da proibição do enriquecimento sem justa causa, do princípio *fraus omnia corrumpit*, etc., etc..

Uma parte destes princípios tem, aliás, integrado as meritórias recolhidas empreendidas pela UNIDROIT.

Ora, se bem que raramente os princípios gerais de direito sejam escolhidos como normativo único regulador de um contrato ou da resolução de um litígio sem o suporte principal de uma ordem jurídica positiva de um determinado estado, o certo é que nada impede que assim suceda por vontade das partes ou dos julgadores ou mesmo por opção legislativa em certos casos concretos.

E, de certo, alguns deles integram a denominada ordem pública transnacional, do mesmo modo que podem também integrar a ordem pública internacional de muitos estados dado o seu caráter para-universal ou, ao menos, transnacional.⁴

4. Arbitragem Interna e a Arbitragem Internacional

⁴ Para maior desenvolvimento, ver *ibidem* Manual de Arbitragem, pág. 680 e segs..

Paralelamente ao que se deixou dito e para uma mais completa compreensão da ordem pública e das suas modalidades de análise, importa também distinguir entre arbitragem interna e arbitragem internacional.

A primeira, segundo a LAV em várias leis arbitrais, é aquela em que não estão colocados em jogo interesses do comércio internacional (artigo 49º, número 1.). A arbitragem internacional é, naturalmente, aquela em que estão em jogo interesses do comércio internacional.

Uma vez que o critério de distinção não é nem o direito aplicável e a sua nacionalidade, nem a localização da arbitragem ou o lugar em que a sentença arbitral tiver sido proferida, pode ser internacional uma arbitragem que decorra em Portugal e quer lhe seja, quer não, aplicável o direito português. Isso mesmo estipula o artigo 54º da LAV.

Assim, deve também distinguir-se, nomeadamente para efeitos da definição do campo de aplicação das normas relativa ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, não apenas entre Arbitragem Interna e Arbitragem Internacional, segundo o critério estabelecido no artigo 61º da LAV, mas igualmente entre Arbitragem Interna e Arbitragem Estrangeira (internacional ou não)⁵.

5. A Questão Nuclear em Arbitragem no Âmbito da Relação de um Estado com a Ordem Pública Internacional de um Outro Estado: o Reconhecimento e a Execução Neste Último das Sentenças Arbitrais do Primeiro Estado

Num mundo globalizado, a negação de eficácia a uma sentença arbitral no exterior dos limites territoriais do estado em que foi proferida ou em que a arbitragem teve lugar significaria tornar largamente inoperante o sistema internacional de resolução de litígios com grave prejuízo para o comércio e as relações privadas internacionais em geral.

Mas, para que isso não seja assim, é necessário que estados existentes no Mundo se obriguem a reconhecer as convenções de arbitragem celebradas fora dos seus limites territoriais e, bem assim, as sentenças arbitrais provenientes de um outro estado. Se, relativamente a sentenças judiciais, atento, nomeadamente, o facto de provirem de um órgão de soberania estrangeiro, o seu reconhecimento noutros estados se tem revelado relativamente difícil, no campo da arbitragem, porém, dado o seu carácter privado e proveniente da sociedade civil, os mesmos escolhos não são tão salientes.

Sobretudo a Convenção de Nova Iorque de 1958, a par de outras convenções de espectro geográfico mais reduzido, para além da legislação interna na matéria de cada país, permitem e impõem aos estados respetivos a obrigação de reconhecer, duplamente, a validade e a eficácia das convenções de arbitragem e a eficácia das sentenças arbitrais não-nacionais, isto é, estrangeiras.

Porém, o reconhecimento não é livre, desregulado. Embora regulado minimamente, por forma a não criar obstáculos desnecessários ao comércio e às relações privadas internacionais, tem algumas condições.

No caso do direito português, essas condições encontram-se expressas no artigo 56º da LAV.

Portugal é membro da Convenção de Nova Iorque e, como tal, encontra-se internacionalmente obrigado a cumprir o propósito desta: não obstaculizar desnecessariamente e, antes, facilitar o comércio internacional e a sua fluidez.

Deve notar-se que a Convenção de Nova Iorque – que constitui o mais importante instrumento na matéria em todo o Mundo – tem carácter parcialmente subsidiário, pois se a lei interna de cada estado membro ou outro instrumento convencional internacional por ele celebrado for ainda mais favorável do que a Convenção de Nova Iorque ao reconhecimento de convenções de arbitragem e ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras será o regime mais favorável que deverá ser o aplicável e não a Convenção (artigo VII, número 1.).

Como antes se disse, as condições obstaculizantes ao reconhecimento e à execução tanto são parcialmente relativas ao mérito da sentença arbitral como as condições relativas ao domínio da

⁵ De notar, porém, que o critério da atribuição da qualificação de arbitragem estrangeira não é sempre o do lugar (estado) em que a arbitragem teve lugar, dado que, por exemplo, na China, uma arbitragem institucionalizada dá ao processo e à sentença a nacionalidade da sede ou a nacionalidade da instituição de arbitragem, independentemente do lugar da arbitragem. Deste modo, exemplificando, na China uma arbitragem CCI que tenha lugar na Suíça, não é uma arbitragem deste país, mas sim francesa dado que a sede da CCI se situa em Paris.

validade ou do respeito da convenção de arbitragem (pilar nuclear e fundamental de qualquer arbitragem voluntária), em conformidade com o artigo V, número 1., alínea a), c) e e) da Convenção, e também no âmbito da alínea b) relativa ao cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral (artigo V, número 1., alínea b)) ou, ainda, no que diz respeito a questões relativas à constituição do tribunal arbitral ou ao processo, em si mesmo, nos termos da sua alínea d).

A LAV segue basicamente o mesmo regime da Convenção como não poderia, no mínimo, deixar de ser, sendo sempre certo, como também já se evidenciou, que não pode aplicar-se a LAV sempre que a Convenção, dentro do âmbito da sua aplicação, for mais favorável à concessão do reconhecimento e da execução do que a LAV.

6. A Ordem Pública Internacional e a Anulação de Sentenças Arbitrais Domésticas

Nesta matéria, a LAV seguiu a tendência mais moderna de não estabelecer ou estabelecer apenas diferenças mínimas entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional para evitar qualquer discriminação desta em relação à arbitragem doméstica. Deste modo, a LAV demonstra a sua grande abertura à arbitragem internacional.

Isto é claro na definição e nos limites idênticos da ordem pública relevante em arbitragem: a formulação do artigo 46º, número 3., alínea b), subalínea ii) e a do artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii).

Uma subtil e importante diferença existe, porém: o segundo daqueles preceitos utiliza o advérbio de modo *manifestamente*, o que não sucede no artigo 46º.

Sobre este ponto, entendemos que a finalidade do advérbio não é a de limitar propriamente o conteúdo do conceito de ordem pública utilizado, mas sim apenas a de deixar patente que o intérprete deve ter em conta, na dúvida, que, por imperativo da proteção do comércio internacional, deve ser entendido que o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira só pode ser recusado com fundamento na violação dos princípios da ordem pública internacional do Estado português quando for *manifesto* que essa violação existe.

Deste modo, na apreciação da validade, à luz da ordem pública, de uma sentença arbitral doméstica, seja ela ou não internacional no sentido do disposto no artigo 49º, número 1., da LAV e desde que a arbitragem tenha lugar em território nacional (artigo 61º da LAV), o intérprete encontrará os mesmos princípios e normas jurídicas que estão contemplados no lugar citado do artigo 56º. Simplesmente, a LAV restringiu a liberdade de decisão do intérprete, na dúvida, sobre a conclusão do que deva ser considerado integrado no âmbito da ordem pública internacional do Estado português, permitindo-lhe apenas, o mais restritivamente possível, a conclusão pela integração nela do caso *sub-judice*.

De salientar a propósito que os trabalhos preparatórios da Convenção, bem como o seu texto final, mais claramente evidente na sua versão inglesa, exprime a ideia (ver *infra* no. 8.3.) de que o intérprete da Convenção de Nova Iorque não é obrigado por esta a recusar automaticamente o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira mesmo que a ordem pública internacional do seu país seja ofendida pela sentença. A utilização do verbo *may* em lugar de *shall* ou *must* confirma a liberdade concedida ao intérprete nesta matéria.

Ora, o advérbio de modo *manifestamente* utilizado pelo legislador da LAV no seu artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii), abre espaço à inclusão na LAV daquela opção facultativa da Convenção de Nova Iorque no âmbito restritivo de aplicação daquele preceito da LAV. Deste modo, o intérprete português pode conceder a homologação a uma sentença arbitral estrangeira mesmo quando ela não esteja de acordo com a ordem pública internacional do Estado português por entender que o seu reconhecimento e execução não conduz, apesar da desconformidade, a um resultado *manifestamente* incompatível com a ordem pública internacional portuguesa.

O artigo 54º da LAV parece indicar a existência de uma terceira razão justificativa que explicaria a utilização do advérbio *manifestamente* no artigo 56º e não no artigo 46º, isto portanto para além da proteção devida ao comércio internacional. É que, no caso do artigo 56º, não deve estar em questão, em princípio e de certo sucederá na grande maioria dos casos, a aplicação do direito português à sentença arbitral sujeita ao processo de reconhecimento. Ao invés, no caso do artigo 46º, de certo com grande probabilidade foi o direito português o aplicado na arbitragem

doméstica. Na realidade, a comprovar aquela conclusão, o artigo 54º da LAV manda aplicar o critério do artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii), à sentença arbitral proferida em Portugal numa arbitragem que não tenha aplicado direito português ao fundo da causa, apesar de a arbitragem ou, ao menos, a prolação da sentença ter tido lugar em Portugal.

Deste modo, neste caso, sempre que o direito português tenha sido o aplicado, *a contrario* e por maioria de razão, a proteção da ordem pública internacional do Estado português deve ser ainda mais justificadamente respeitada.

Todavia, repita-se, que o conteúdo substantivo, de base, da ordem pública internacional do Estado português não difere no caso do artigo 46º ou no do artigo 56º. Apenas a sua interpretação e aplicação podem divergir, facto que não deixa de ser particularmente saliente.

7. Conceito da Ordem Pública Relevante para a LAV

As formulações literais dos artigos 46º e 56º são, todavia, diferentes para além da utilização ou da não utilização, conforme os casos, do advérbio *manifestamente*.

De facto, o artigo 46º utiliza a seguinte formulação verbal: *o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português*.

Enquanto no artigo 56º a redação é a seguinte: *o reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português*.

Para além da utilização, neste último preceito, do advérbio *manifestamente* sobre o qual já nos pronunciámos, são as seguintes as principais diferenças na redação do artigo 56º relativamente ao artigo 46º:

1º o reconhecimento ou a execução de uma sentença proferida fora de Portugal *conduz a um resultado manifestamente incompatível com ...*

2º ao invés, o artigo 46º refere-se, não a um resultado, mas sim ao facto de ser o próprio *conteúdo da sentença proferida em Portugal* (exceto no caso já analisado do artigo 54º) *que se manifesta ofensivo de ...*

3º no artigo 46º, o objeto da ordem pública relevante parecem ser os *princípios* da ordem pública ...

4º enquanto no artigo 56º não há referência a princípios da ordem pública, mas sim à ordem pública, simplesmente.

Têm algum significado particular estas diferenças?

Não parece que tenham. Na verdade, a diferença de redação nos casos mencionados nos números 1º e 2º são lógicos. Em ambos os casos o que está em questão ou é o objeto da ação de anulação ou o objeto da ação de reconhecimento que são obviamente diversos e as ações têm diferentes finalidades. Na ação de reconhecimento, o tribunal português pode apenas atender aos resultados, ao impacto, que o reconhecimento e a execução podem provocar na ordem jurídica portuguesa, face às exigências da sua ordem pública internacional, não podendo em qualquer caso conhecer do mérito da sentença estrangeira. Na ação de anulação, ao invés, é exatamente o conteúdo da sentença que constitui o objeto do exame de conformidade com a ordem pública internacional portuguesa, embora também não possa conhecer do mérito da sentença arbitral.

Trata-se assim de mera questão de modo de redação mais apropriado a objetos e fins diferentes quanto à intervenção do tribunal português.

Porém, formalmente, no caso dos números 3º e 4º acima, parece-nos deficiente a redação, pois ela deveria ser rigorosamente igual. Sabe-se que o conteúdo relevante em arbitragem na caracterização da ordem pública são princípios com relevância jurídica e certas normas de direito positivo. O artigo 46º apenas faz referência a princípios, não se referindo a normas de direito positivo, sendo certo que existem normas de direito positivo que não integram princípios, como é o caso de certas normas de aplicação imediata (*lois de police*) que poderão, algumas delas, a que nos referiremos adiante, fazer parte da ordem pública internacional portuguesa, bem como normas relativas ao Direito da Concorrência, etc..

É certo que se for aplicado o direito português ao fundo da causa, o árbitro deve também observar as normas de direito positivo daquele tipo na prolação da sentença. Simplesmente, isso

não é, em princípio, relevante, dado que na LAV não existe, em regra, recurso da sentença arbitral (artigo 39º, número 4., e 53º), o que determina que a violação de normas jurídicas de direito positivo, que integrem a ordem pública internacional do Estado português e que não constituam a tradução de meros princípios de direito, ficariam sem possibilidade de verificação da sua observância por um tribunal estadual.

Assim, entendemos que o conteúdo, em si, dos conceitos de ordem pública utilizados nos artigos 46º e 56º são rigorosamente iguais.

8. Conceito de Ordem Pública, a sua Evolução e o Direito Comparado

8.1. *Convenção de Genebra de 1927*

A primeira vez que a matéria da ordem pública foi tratada numa convenção internacional de largo espectro geográfico foi na Convenção de Genebra de 1927.⁶

Foi elaborada sobre os auspícios da Sociedade das Nações com base num projeto preparado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Apenas 24 países assinaram e ratificaram esta Convenção, incluindo Portugal, denotando assim um limitado número de estados membros aderentes, próprio, aliás, da situação do comércio internacional posterior à Grande Guerra.

De notar que a Convenção de Genebra de 1927 não previu a violação da ordem pública como fundamento *a se* de recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira. No entanto, uma sentença estrangeira só poderia ser examinada face aos fundamentos de recusa nela previstos quando a sentença não fosse *prima facie* contrária à ordem pública. Este pressuposto constituía assim um pré-requisito para que a sentença pudesse ser examinada por um tribunal estadual quanto aos restantes fundamentos de recusa de reconhecimento e execução. Como veremos adiante, a Convenção de Nova Iorque de 1958 adotou, metodologicamente, o critério oposto. Só é de conhecer da ordem pública, bem como da questão da arbitrabilidade da sentença arbitral estrangeira em conformidade com o seu artigo V, número 2., se ela não for de recusar ao abrigo do número 1. deste artigo.

8.2. *Convenção de Nova Iorque de 1958*

Após a II Guerra Mundial e a criação de novas condições económicas para o comércio internacional, cedo se verificou que a Convenção de Genebra de 1927 já não correspondia às novas necessidades.

Novamente, a CCI preparou um projeto para uma nova convenção. Do seu congresso, que teve lugar em Lisboa em 1951, resultou o projeto que, após um encontro da Comissão de Arbitragem Internacional da CCI, que teve lugar em 13 de Março de 1953, foi aprovado.

A CCI propôs de seguida o projeto ao Conselho Económico e Social da ONU.

Ele começou por conceber a *sentença arbitral internacional* de um modo completamente independente das leis nacionais de cada estado, por forma a permitir que ela pudesse ser reconhecida e executada em todos os países.

Entre outros fundamentos, que essencialmente correspondem aos fundamentos de recusa que vieram a ser posteriormente adotados pela Convenção, o artigo IV do projeto da CCI previa que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral seriam recusados *ex officio* se fossem contrários à ordem pública do estado em que se pretendia obter aqueles efeitos.

Neste projeto, e como se disse no início deste capítulo, a conformidade com a ordem pública do estado recipiente deixou de ser uma condição prévia de reconhecibilidade, como sucedia na Convenção de Genebra de 1927, para passar a constituir um fundamento de recusa próprio e subsidiário.

⁶ Mais propriamente: Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 26 de Setembro de 1927.

Igualmente, não reproduziu a expressão caracterizadora da ordem pública adotada pela Convenção de 1927, que consistia na relevância dada aos *princípios da lei* do estado no qual se pretendia obter o reconhecimento.

Todavia, ficou por dar, quer no projeto quer na própria Convenção de 1958, e fruto das divergências entre as posições assumidas por delegados de certos estados participantes nos trabalhos preparatórios, um conceito de ordem pública que harmonizasse a sua interpretação. Ao invés, preferiu-se uma expressão lata de *ordem pública* sem especificação ou indicição do seu conteúdo. Os trabalhos da comissão *ad hoc* organizada, então, pelo Conselho Económico e Social da ONU foram inconclusivos sobre este importante tema, apesar de denotar perfeita consciência dos riscos de uma formulação genérica de *ordem pública (public policy)* sem ser melhor caracterizado o seu conteúdo e significado.

O representante da Índia expressou, aliás, a posição de que nela deveriam ser incluídos os princípios inerentes ao conceito de justiça natural e que nem todos os casos de ilegalidade se deveriam considerar violadores da ordem pública.

O representante da Suécia exprimiu a ideia contrária de que a exceção de ordem pública apenas deveria ser aplicada aos casos óbvios de violação, sublinhando ainda que qualquer posição tendente a alargar, como a posição do representante da Índia sugeria, para além do conceito de ordem pública em si, a possibilidade de recusa de reconhecimento e execução a outros casos de ilegalidade, seria inaceitável e contrária a uma longa tradição continental europeia do que é a ordem pública para o efeito do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Acrescentou, que um contrato deverá mostrar-se, no domínio da legalidade, em conformidade com a lei do estado em que foi celebrado ou a cuja lei foi subordinado por vontade das partes (*lex contractus*), mas não em conformidade com a lei do estado no qual se pretende obter o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral.

O representante escandinavo sustentou, ainda, na linha do ponto de vista continental europeu e contrariamente à posição sustentada por representantes de países não europeus, ou seja os estados compradores de bens ou serviços ou recetores de investimento direito estrangeiro, tais como a Índia e o Egipto, que deveria manter-se na nova convenção o disposto no artigo 1º, alínea e) da Convenção de Genebra de 1927, segundo o qual o tribunal solicitado a rever uma sentença estrangeira poderia examinar o contrato objeto deste, mas apenas nos casos de *manifesta* violação da ordem pública.

Assim, somente mediante o respeito desta regra poderia ser assegurada a finalidade da nova convenção, ou seja, a proteção do comércio internacional.

O presidente da Comissão finalmente concluiu pela existência de dois pontos de vista divergentes, tendo por isso determinado que se constituíssem duas sub-comissões encarregadas de preparar dois textos diferenciados.

Um outro ponto foi objeto de controvérsia na Comissão: a questão de incluir ou não a referência aos *princípios da lei*.

Alguns representantes, tal como o do Reino Unido, acentuaram que não existia esse conceito no Direito Inglês.

O representante sueco acentuou, por sua vez, que a expressão *contrário à ordem pública* tinha um sentido mais restrito do que a expressão *contrário à legislação nacional ou contrário aos princípios básicos nos quais uma lei nacional é baseada*.

Outros representantes acentuaram, por seu turno, que *ordem pública e princípios da lei* eram uma e a mesma coisa.

Exprimiam-se deste modo os representantes de certos países que pretendiam dar aos tribunais dos estados recipientes de uma sentença arbitral estrangeira poderes mais amplos de recusa, especificamente certos estados não europeus, enquanto outros, sobretudo do continente europeu, pretendiam restringir esses poderes.

Finalmente, em 15 de Março de 1955, com o voto favorável de sete membros da Comissão *ad hoc* e uma abstenção, foi aprovado o projeto.

Após isso, o projeto foi submetido a comentário dos estados membros da ONU e, após isso, à decisão de uma conferência final ocorrida em 1958.

No decurso desse período, vários estados comentaram a propósito dos conceitos *princípios da lei e ordem pública*. Uma proposta, que havia sido feita pelo representante sueco e que tinha merecido generalizado apoio, se bem que não unanimidade, tentou fundir o conceito de *princípios*

da lei com ordem pública mediante a inclusão, entre parêntesis, da expressão *ordre public* a seguir à expressão *principles of the law*, isto é, *principles of the law (ordre public)*.

O representante da Nova Zelândia sublinhou que *principles of the law* para os efeitos da caracterização da ordem pública era demasiado lato mesmo no Direito inglês e que por isso deveria ser restringido, devendo limitar-se aos princípios *fundamentais* da lei.

Esta inclusão restritiva tinha, aliás, já sido acolhida pela Comissão, bem como a expressão *claramente incompatível*.

Deve dizer-se que na versão da Comissão, relativamente ao projeto inicial da CCI, existe uma clara diferença que se revela importante na interpretação do texto final da Convenção de Nova Iorque. Na verdade, na versão em língua inglesa da Convenção deixou de constar a expressão provinda do projeto da CCI, segundo o qual a sentença arbitral *shall be refused* (deve ser recusada) pelo tribunal recipiando, passando a estipular o texto da Comissão que é da opção do tribunal recipiando recusar ou não (*may refuse*) o reconhecimento e a execução.

Complementarmente, estipula aquele texto que o reconhecimento e a execução somente podem ser recusados com os fundamentos tipificados no artigo IV do projeto, que corresponde ao artigo V do texto final da Convenção, o que também claramente evidencia a posição da Comissão no sentido de pretender, de forma aberta, obter o maior número possível de reconhecimentos de sentenças arbitrais.

Os comentários ao projeto da Comissão provindos de vários estados membros da ONU e de outras organizações confirmaram a divisão de posições e a diferente terminologia conceptual existente entre os vários participantes na Conferência. O texto, em várias línguas oficiais, que não incluiu a língua portuguesa, é o que conhecemos, não tendo sofrido qualquer alteração até hoje.

A aprovação do texto da Convenção pela Conferência, em Junho de 1958, no seio das várias posições em confronto de que adiante, em 8.4., se dará melhor conta a propósito do modo como a jurisprudência dos tribunais de vários estados tem interpretado o conceito de ordem pública, denota claramente uma posição restritiva na interpretação desse conceito por parte da Conferência de modo a facilitar o mais possível, na prática, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras por todo o Mundo.

O presidente da Conferência, o Senhor Schurmann, disse textualmente na cerimónia da assinatura que:

It was still too early to tell whether the instrument prepared by the Conference would serve the ends of trade and justice. That would only be shown by experience. However, it was already apparent that the document represented an improvement on the Geneva Convention of 1927. It gave a wider definition of the awards to which the Convention applied; it reduced and simplified the requirements with which the party seeking recognition or enforcement of an award would have to comply; it placed the burden of proof on the party against whom recognition or enforcement was invoked; it gave the parties greater freedom in the choice of the arbitral authority and of the arbitration procedure; it gave the authority before which the award was sought to be relied upon the right to order the party opposing the enforcement to give suitable security. Nevertheless the actual situation would not be really improved until a large number of States had ratified the Convention or acceded to it.

8.3. Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 (artigo V (2) (b))

Os estados membros da Convenção, de acordo com o compromisso assumido em resultado da sua assinatura e em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, e, bem assim, os princípios do Direito Internacional Público, devem interpretá-la e executá-la com observância das regras da boa fé e o significado comum dos textos dos tratados e convenções, no contexto e à luz do seu objeto e finalidade.

Assim, a interpretação correta da primeira parte do artigo III da Convenção de Nova Iorque implica para os estados membros a obrigação internacionalmente assumida de reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira, a não ser que o artigo V da Convenção excepcionalmente lhe permita o contrário.

No direito continental europeu (*civil law countries*), o direito excecional deve ser interpretado de modo restrito, não sendo permitida a interpretação extensiva ou analógica. Todavia, neste caráter restritivo da interpretação do direito excecional não estão definidos os limites da interpretação, dela própria. Assim, coloca-se a questão de saber o que significa isso e que extensão lhe é permitida?

De acordo com as regras interpretativas e tendo, designadamente, em conta os comandos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é, em primeiro lugar e sobretudo, necessário procurar a interpretação do artigo V da Convenção de Nova Iorque à luz do objeto e finalidade desta Convenção.

Deve sublinhar-se, antes de mais, que a interpretação e o âmbito da *ordem pública* prevista no citado artigo V, número 2, alínea b), é a do estado recipiêdo e não qualquer outra, no respeito pela soberania dos estados aderentes à Convenção. Assim, importa perscrutar, desde logo previamente e dentro das condicionantes próprias relevantes do Direito Internacional Público e do contexto e propósito da Convenção de Nova Iorque, como se interpreta aquele artigo V, número 2., alínea b).

O seu texto é linearmente claro e explícito: os estados membros *devem* reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira.

O sentido mais correto desta obrigação é o seguinte: os estados membros devem reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira, mas *podem* recusá-lo, ou seja, não devem, não estão obrigados, a recusar o reconhecimento e execução quando ocorra uma das situações em que a recusa é permitida pela Convenção; mas a suceder caso de recusa, ela só é permitida nos termos excecionais tipificados no artigo V, nº 1 e, como se disse, a acrescer, *podem* fazê-lo, sempre se assim o entenderem, nos termos do número 2., alíneas a) e b), do mesmo artigo V.

Isto significa, em síntese, que é a ordem pública do estado recipiente a que é chamada a testar a observância da sua própria ordem pública e não a de qualquer outra ordem pública de outro estado, seja ela a lei do estado em que teve lugar a arbitragem e cuja lei arbitral (*lex arbitri*) foi a aplicada, seja qualquer outra lei, tal como poderia ser eventualmente o caso da ordem pública do lugar onde a convenção de arbitragem foi celebrada ou qualquer outra.

Mesmo, quando uma arbitragem internacional, ou seja, segundo a lei portuguesa, aquela em que estão em jogo interesses do comércio internacional, tenha tido lugar num estado onde se pretenda igualmente que seja executada a sentença arbitral respetiva, não se trata de aplicar a ordem pública desse estado para os efeitos do reconhecimento e execução. O artigo 54º da LAV resolveu a questão, considerando-a uma arbitragem que tem lugar em Portugal (ver os artigos 61º e 54º da LAV, combinados). Por isso, não deixará, se tiver sido aplicado direito não português ao fundo da causa, de aplicar o artigo 46º para o efeito da sua declaração de nulidade mas em que, em lugar de ser chamado à colação o número 3., alínea b), subalínea ii), deve antes ser observado o regime do artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii), tal como estatui o mencionado artigo 54º.

A Convenção é sobre este ponto clara. Não visa obter uma harmonização do conceito de ordem pública, porque evitou a questão de saber qual o conteúdo de uma ordem pública universal. Cada ordem pública de cada estado membro ou não membro pode naturalmente divergir na definição ou caracterização do conceito, conteúdo e extensão da sua ordem pública, pois o reconhecimento e execução pelos tribunais dos estados é matéria da sua soberania.⁷

No entanto, resulta claro dos trabalhos preparatórios da Convenção e, acima de tudo, da sua finalidade de proteção e desenvolvimento do comércio internacional que a sua interpretação impõe aos estados dela subscritores um sentido restritivo da exceção de ordem pública e não um sentido amplo, liberal, irrestritivo que autorizasse a recusa do reconhecimento e execução ao abrigo de um qualquer conceito lato de ordem pública.

Citando, a propósito, o Professor Karl-Heinz Böckstiegel⁸:

⁷ Ver a propósito Audley Shepherd, in *Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management, vol. I, Issue 1, fls. 17.

⁸ Em *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, IBA Journal of Dispute Resolution, 123, paragraph 2.

- o que é considerado parte da ordem pública num determinado estado baseada no seu sistema económico, político, religioso ou social, pode não ser parte da ordem pública de um estado com um sistema diferente;

- mesmo a ordem pública de cada estado membro da União Europeia pode diferir de outro estado membro. Isto estava, aliás, expressamente previsto no artigo 27, número 1., da Convenção de Bruxelas sobre a Competência e o Reconhecimento e Execução de Sentenças (judiciais) em Assuntos de Natureza Civil e Comercial, de 1968, hoje substituída por um Regulamento comunitário;

- os valores e padrões das comunidades não são estáveis, mas variam e desenvolvem-se de tempos a tempos. Assim, pode variar também, conseqüentemente, a sua ordem pública;

- em todos os estados, as normas jurídicas codificadas refletem em geral as convicções e valores da comunidade a que pertencem. Outras leis pertencentes a outras comunidades, bem como as decisões arbitrais proferidas ao abrigo destas leis podem ofender os padrões domésticos fundamentais de outra comunidade, motivo por que se requer manter intactos estes valores.

Em síntese e como já deixámos dito anteriormente, apenas um teste restritivo às leis e sentenças arbitrais estrangeiras é permitido a cada estado membro da Convenção de Nova Iorque, dado que é natural que haja divergências nas leis e na ordem pública de estado para estado. Apenas os valores fundamentais que integram a ordem pública relevante para o efeito, a que a LAV denomina, e bem, ordem pública internacional do estado (no nosso caso, naturalmente do Estado português) são relevantes.

Igualmente, por isto mesmo, o conteúdo da ordem pública internacional de um determinado estado não é, integral e coincidentemente, o mesmo que a lei interna, imperativa ou não, desse estado.

Têm conteúdos diferentes, quer na sua génese, quer sobretudo na sua extensão, embora ambas integrem a ordem jurídica do mesmo estado. Ordem pública constitui apenas uma parte da ordem jurídica. A lei interna é constituída por todo o seu direito positivo. Ao invés, como já foi repetidamente dito, integram a ordem pública internacional tanto certas e específicas normas de direito positivo, como princípios básicos de direito e valores essenciais com relevância jurídica pertencentes a uma comunidade política e socialmente organizada e traduzidos em sentimentos idiossincráticos dessa comunidade, com ou sem expressão ou inclusão numa norma de direito positivo.

De notar que até mesmo na Convenção de Genebra de 1927 o conceito de ordem pública era naturalmente mais restrito do que o conceito de lei interna.

De salientar, igualmente, que *os princípios de direito* que na discussão do projeto da CCI que esteve na origem da Convenção de Nova Iorque, bem como no projeto da Comissão *ad hoc*, foram motivo de divisão entre a corrente dos países emergentes que se mostraram a favor da sua inclusão no conceito de ordem pública (*public policy*) e a corrente contrária dos países continentais europeus no sentido de não fazerem parte constituem, ainda hoje, motivo de alguma controvérsia.

A propósito, no debate do projeto da Comissão *ad hoc* foi proposto pela Índia e por Israel que se considerassem abrangidos no conceito de ordem pública e, assim, que a homologação de uma sentença arbitral pudesse ser recusada, os casos de ilegalidade, nulidade, anulabilidade e violação da moralidade pública. Esta proposta foi totalmente rejeitada. O Secretário-Geral salientou, a propósito, que o reconhecimento e a execução só podem ser recusados se isso for necessário para assegurar o respeito pelos direitos básicos ou essenciais do estado recipiente da sentença arbitral com a violação da sua ordem pública internacional.

O representante holandês Peter Sanders afirmou a propósito:

Um dos objetivos da Convenção de Nova Iorque consiste em limitar o controlo pelos tribunais nacionais, quando solicitados a executar uma sentença arbitral estrangeira, a certos fundamentos específicos enumerados na Convenção. Aquele controlo deve ser limitado o mais possível.

Noutro domínio, certos estados participantes na Conferência que aprovou o projeto da Convenção, bem como posteriormente alguns comentadores, o uso do verbo *may* na versão inglesa da Convenção significaria que os tribunais nacionais podiam considerar não exclusivo e limitado ao restrito conceito de ordem pública a possibilidade de recusa baseada no artigo V, número 2., alínea b), ou seja, não seriam taxativos os fundamentos de recusa estabelecidos no artigo V da Convenção.

O verbo *may* foi mantido, todavia, não para permitir o sentido amplo do preceito, mas exatamente para significar, apenas, como já antes se deixou dito, que os tribunais nacionais podem, se assim entenderem, conceder a homologação mesmo quando se verifica um caso de violação da sua ordem pública. A ocorrência desta violação não impõe, por conseguinte e necessariamente, a recusa de homologação.

Todavia, é entendimento generalizado de que um estado membro pode, na sua legislação interna, substituir o sentido do verbo *may* pelo verbo *must*, ou seja o sentido de *pode* pelo sentido de *deve*, dado que a Convenção dá aos estados membros liberdade na definição do conteúdo e alcance da sua ordem pública internacional, com as únicas limitações do (1) dever de garantir o respeito pela finalidade da Convenção que consiste em assegurar o respeito pela liberdade do comércio internacional e a interdição da criação de obstáculos desnecessários ao seu curso normal e (2) o dever de respeitar todas as restantes disposições da Convenção.

Em conclusão, muito embora a redação final do artigo V, número 2., alínea b), se refira, para a sua aplicação, simplesmente à sentença arbitral, cujo reconhecimento ou execução sejam ... *contrários à ordem pública* ..., isso não significa que esta expressão tenha ou possa ter um sentido lato. Pelo contrário, quer pela finalidade da Convenção de facilitar a execução e, assim, previamente permitir a homologação de um maior número possível de sentenças arbitrais estrangeiras, quer pela universalização desse propósito mediante a abertura da Convenção a todos os estados membros da ONU e, até mesmo, segundo o artigo I, número 1., esclarecida que fica a sua interpretação no seu número 3., o reconhecimento e execução nos termos da Convenção por um estado membro de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas em estados não membros não deve ser recusada, a não ser que o estado aderente à Convenção tenha feito expressamente a reserva, no ato da adesão, de que só a aplicará a sentenças proferidas em estados membros. Foi, aliás, este o caso de Portugal, como se sabe (Ver Diário da República, nº 156, I Série-A, de 8.7.1994).

Por último, a aprovação massiva da Convenção por muitos estados participantes na conferência final denota igualmente o carácter pacífico do sentido restrito que deve ser dada à interpretação do artigo V, número 2., alínea b), atentos os trabalhos preparatórios da Comissão *ad hoc* amplamente nesse sentido e de que já demos conta neste artigo. Na verdade, o preceito foi aprovado, sem mais considerações, por 32 votos, contra 1 voto e 4 abstenções.

Igualmente nos trabalhos preparatórios e na Conferência que aprovou a Convenção ficou bem expresso, pela posição assumida por muitos estados, o significado da expressão *interpretação restritiva* da Convenção. Ela significa que nem toda a violação da lei do estado recipiente por uma sentença arbitral estrangeira significa violação da ordem pública deste estado. Até mesmo é normal que muitas leis sejam diferentes de estado para estado. Por isso mesmo, a Conferência aprovou a supressão, na redação do projeto do artigo V, número 2., alínea b), da expressão *violação da lei* como fundamento próprio de recusa de homologação. Isto foi intencionalmente feito para vincar claramente a finalidade da Convenção, cujo alcance deve ser entendido com prevalência sobre as ordens jurídicas dos estados chamados a homologar uma sentença arbitral estrangeira.

A delegação do Reino Unido propôs mesmo a eliminação no texto da Convenção de qualquer referência aos *princípios da lei* como elemento suscetível de fundamentar uma recusa de homologação.

Assim, somente nos casos em que a homologação se revele ofensiva da ordem pública internacional do estado a quem seja solicitada a homologação se pode concluir pela existência de violação da ordem pública. Assim, em rigor, até mesmo a violação dos *princípios da lei* deve ser excluída como o atesta o facto de persistentemente se ter recusado nos trabalhos preparatórios a sua inclusão como fundamento de recusa de homologação.

Deve observar-se, a finalizar, que a redação do número 2 do artigo V da Convenção, ao incluir o advérbio *igualmente* no início do seu texto inculca a ideia de que apenas no caso de não caber a recusa de homologação baseada em qualquer dos casos previstos no número 1. do artigo V cabe o recurso ao disposto no número 2.

Tal como foi sublinhado por um delegado, o Sr. de Sydow, a divisão em dois números do preceito constante então do artigo IV do Projeto, hoje artigo V da Convenção, visava separar os casos para cujo conhecimento se tornava necessário à parte requerida da homologação alegar expressamente e provar os fundamentos de recusa previstos no número 1. dos dois casos do número 2. em que o conhecimento é oficioso pelo tribunal em que é requerida a homologação.

8.4. *Direito Comparado*⁹

O modo como a Convenção de Nova Iorque tem sido interpretada em certos estados aderentes, que são representativos dos países que mais se têm dedicado à arbitragem ou pelo que representam dentro dos dois grandes sistemas jurídicos predominantes no Mundo, o sistema do direito civil de origem continental europeia e o sistema de *common law* de origem inglesa, é o trabalho que vai ser feito neste subcapítulo.

Pode-se afirmar, numa primeira análise, que a Convenção de Nova Iorque tem sido geralmente interpretada e aplicada, seja no sistema de direito civil, seja no sistema de *common law*, de forma concordante com a sua finalidade e, igualmente, de acordo com os seus trabalhos preparatórios que foram anteriormente desenvolvidos neste artigo.

As diferenças mais significativas entre os dois sistemas, contudo sem prejudicar aquela finalidade da Convenção e as conclusões dos trabalhos preparatórios, consistem na utilização de certos conceitos jurídicos na tentativa de definição da ordem pública (*public policy* em língua inglesa), que são desconhecidos no outro sistema jurídico, mas que, na prática, conduzem ao mesmo resultado.

No entanto, deve observar-se que a jurisprudência de muitos estados, sobretudo europeus, adota um critério de decisão simplesmente restritivo, mas outra jurisprudência, como é o caso da norte-americana, canadiana e japonesa, entre outras, seguem um critério super restritivo.

O primeiro grupo inclui na interpretação e aplicação da reserva de ordem pública internacional as sentenças arbitrais estrangeiras que se mostrem, sem mais, violadoras da ordem pública internacional do seu estado.

Ao contrário, o segundo grupo tende a conceder o reconhecimento e execução, mesmo que o conteúdo da sentença possa ofender a sua ordem pública internacional com o argumento de que não compete aos seus tribunais julgar uma segunda vez uma sentença arbitral estrangeira, dado que competia à parte interessada submeter a sentença aos tribunais estaduais locais para apreciação da sua validade e não aos tribunais do reconhecimento que não têm competência na matéria.

Esta segunda posição jurisprudencial, se bem que confirme a liberdade que a Convenção de Nova Iorque concede aos estados membros de interpretarem e aplicarem os seus dispositivos normativos, podendo conceder o reconhecimento e execução mesmo quando a sentença seja contrária à sua ordem pública internacional, mostra-se, porém, desfocada do texto e da intenção da Convenção, pois a *ordem pública* a que se refere o artigo V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque é a do estado recipiente e não a do estado em que foi proferida a sentença arbitral.

Por razões de mera ordenação sistemática, dividamos, o estudo que agora iniciamos, entre, por um lado, os estados pertencentes ao sistema do direito civil, que inclui os países continentais europeus, os países da América Latina e os estados africanos de colonização continental europeia, bem como certos países do Continente asiático que adotaram o sistema de direito civil, e, por outro lado, os estados que adotaram o sistema do *common law*, como é o caso do Reino Unido e dos países de colonização ou cultura jurídica anglo-saxónica.

⁹ Constituiu ajuda para a elaboração desta parte do artigo, no que respeita à recolha de alguma jurisprudência estrangeira, a obra do Dr. Anton G. Maurer, *The Public Policy Exception under the New York Convention*, Nova Iorque 2012.

Deve esclarecer-se, porém, que não é totalmente uniforme, sobretudo nos países de direito civil, a tentativa de caracterização dos elementos que entram na definição do conteúdo de ordem pública, dado que alguns deles – mais avançados no estudo da ordem pública – adotam certos conceitos que ainda não foram seguidos totalmente noutros estados da mesma família jurídica.

Por fim, deve mencionar-se ainda nesta nota introdutória que os países emergentes, ou seja os estados compradores de bens e serviços ou recetores de investimento e tecnologia estrangeiras, tendem a adotar um conceito lato, não restrito, de ordem pública que não corresponde ao entendimento geralmente aceite do que é a ordem pública na Convenção de Nova Iorque.

São os casos paradigmáticos, entre outros, da Índia, da Federação Russa e, até certo ponto, da China.

Como se verá adiante no subcapítulo 8.5, a LAV de 2011 colocou Portugal nos estados da linha da frente, mais moderna, da definição, no nosso país, do conceito de ordem pública e da caracterização do seu conteúdo.

Vejamos, estado a estado, os principais aspetos da matéria enunciada, começando pelos países do sistema civilístico.

A. Estados de raiz civilística

França

O artigo 1514 do novo Código de Processo Civil, em vigor desde 1 de Maio de 2011, estabelece:

Uma sentença arbitral será reconhecida e executada em França se a parte que o pretenda puder provar a sua existência e desde que o reconhecimento e execução não seja manifestamente contrário à ordem pública internacional.

a) Requisitos da sentença arbitral

Para o reconhecimento de uma sentença arbitral doméstica proferida em França o requisito pode ser mais latamente interpretado, requerendo-se apenas que ela não viole a *ordem pública, tout court*. O requisito para uma sentença estrangeira é antes o de que a sentença não se mostre manifestamente contrária à *ordem pública internacional do Estado francês*.

b) Violação das leis da concorrência

Anteriormente ao novo CPC, que reformou as disposições relativas à arbitragem, já se havia decidido na Cour d'appel de Paris, no caso *Thalès Air Defence BV vs. GIE Euromissile*, de 18 de Novembro de 2004, que uma violação da ordem pública internacional do Estado francês deve ser *flagrante, efetiva, real e concreta* o que não sucedia, segundo aquele tribunal, na questão *sub judice*, apesar de se tratar de um caso de alegada violação das normas disciplinadoras da concorrência que, aliás, o Tribunal de Justiça Europeu, no caso *Eco Swiss China Time, Ltd. vs. Benetton International*, já havia antes considerado integrante da ordem pública de todos os países comunitários.

Todavia, no caso *SNF SAS vs. Netherland Cytec Industries BV*, o mesmo tribunal francês, num aresto de 23 de Março de 2006, havia dito que as questões de concorrência integram a ordem pública internacional francesa, reafirmando, no entanto, que, para que a sentença arbitral seja exequível, o interessado terá de alegar e provar que a violação da ordem pública é flagrante, efetiva, real e concreta.

A Cour d'appel, neste aresto, afirmou que são de ordem pública internacional as leis comunitárias da concorrência dos países comunitários, mas acentuou que compete aos tribunais nacionais fixar os limites dentro dos quais controla efetivamente uma sentença arbitral estrangeira.

c) Ordem pública interna e ordem pública internacional francesa

Os tribunais franceses têm assim, nos arestos transcritos e também noutros, afirmado que a não conformidade do decidido numa sentença arbitral estrangeira com a ordem pública interna francesa não é o mesmo e não constitui violação da ordem pública internacional francesa, ou seja as normas e os valores fundamentais do direito francês quando aplicável num contexto internacional.

Essa desconformidade com a ordem pública interna, que não se revele em contradição com a ordem pública internacional francesa, não constitui, por conseguinte, motivo de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira.

d) Violação pelos árbitros de deveres essenciais

Em 24 de Junho de 1994, a Cour d'appel de Paris decidiu recusar o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida em Itália por ter concluído que um dos árbitros tinha aceite o encargo de integrar o painel de árbitros em duas arbitragens paralelas, uma que teve lugar em Itália e outra em França (caso conhecido por *Excelsior Film TV, srl vs. UGC-PH*)¹⁰. Concluiu que o árbitro em causa tinha cometido uma grave deslealdade, porque violou o princípio da confidencialidade do processo arbitral, transpondo ou podendo transpor para um processo arbitral o que conhecia ou podia conhecer sobre factos e questões de direito no outro processo arbitral.

Submetido este aresto a recurso na Cour de cassation, julgou-o improcedente e confirmou a decisão da Cour d'appel de Paris por entender que tinha existido, na realidade, violação de *due process* (i.e. o processo arbitral não se mostrou conforme à lei do país onde a arbitragem teve lugar). Na LAV, ver a disposição correspondente no artigo 56º, número 1., alínea a), subalínea iv).

e) Prolação da sentença arbitral fora de prazo

No caso *Dubois & Vanderwalle vs. Boots Frites BV*, julgado também na Cour d'appel de Paris,¹¹ foi submetido a este tribunal um pedido de recusa de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira com fundamento, igualmente, em violação de normas processuais arbitrais pelo facto de a sentença arbitral não ter sido proferida no prazo de três meses acordado pelas partes, mas sim um mês mais tarde do seu termo. Aquele tribunal entendeu que esse facto violou a ordem pública internacional do Estado francês, pois os árbitros, decorrido o prazo estipulado pelas partes, deixaram, *ipso facto*, de deter poderes para proferir a sentença arbitral, cometendo assim um ato abusivo que é violador da natureza contratual da arbitragem. Transcrevendo, disse o tribunal:

O prazo estabelecido pelas partes ..., para que os árbitros cumpram o seu encargo, não pode ser por eles alargado, dado que este princípio pertence à ordem pública, quer doméstica quer internacional, e é inerente ao carácter contratual da arbitragem.

Alemanha

O Supremo Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) tem sublinhado que a lei alemã distingue entre ordem pública interna e ordem pública internacional. A primeira significa o conjunto das normas imperativas da lei aplicável (o *jus cogens*) que não depende na sua aplicação da vontade das partes.

Essas leis não integram necessariamente a ordem pública internacional do Estado alemão. Esta última compreende, apenas, a parte das normas imperativas da lei alemã que necessariamente se sobrepõem a qualquer lei estrangeira, cuja aplicação seja conflituante com aquelas normas imperativas do direito alemão e que são baseadas nos princípios fundamentais ou essenciais da comunidade germânica.

Tem sublinhado ainda, por isso mesmo, que nem todas as normas da lei estrangeira que se desviam do que as normas imperativas do direito alemão estabelecem representam uma violação da ordem pública internacional alemã.

Numa decisão de 18 de Janeiro de 1990, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

¹⁰ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIV (1999), págs. 643 e segs..

¹¹ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol XXIV (1999) para. 1, pág. 641.

O reconhecimento de sentenças arbitrais não conduz necessariamente a um resultado manifestamente irreconciliável com qualquer princípio fundamental do Direito alemão.

Acrescentou:

O que é requerido para recusar o reconhecimento é uma violação da ordem pública internacional alemã. O reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira é baseada em disposições legais menos exigentes do que as normas que regulam as sentenças arbitrais domésticas.

Aquele tribunal, confirmando esta jurisprudência, tem afirmado repetidas vezes que apenas graves violações podem fundamentar uma ofensa da ordem pública internacional alemã.¹² Tais como:

*a) Requisitos da violação da ordem pública internacional alemã*¹³

Num aresto de 1986, o Supremo Tribunal Federal ajuizou que uma sentença judicial estrangeira viola princípios fundamentais do direito processual alemão quando, de modo grave, não possa dizer-se que cumpre as mais fundamentais regras do direito alemão.

A expressão ordem pública alemã deve ser interpretada num sentido restritivo no interesse do comércio internacional e tendo em atenção que o interesse nacional em assuntos desta natureza está limitado apenas a questões de execução da sentença no território nacional.

O mesmo regime – acrescentou – é de aplicar a uma sentença arbitral estrangeira.¹⁴

O reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira somente pode ser recusado, em matéria processual, se o processo arbitral tiver sofrido uma violação grave que seja intolerável face aos princípios fundamentais do estado e da vida económica.¹⁵

Segundo a jurisprudência do mesmo alto tribunal, os factos que podem justificar a anulação de uma sentença arbitral doméstica não provocarão necessariamente a recusa de homologação de uma sentença arbitral estrangeira.¹⁶ Nem toda a violação dos princípios da ordem pública são fatais para uma sentença arbitral estrangeira.

Por sua vez, o tribunal de recurso de Frankfurt¹⁷ proferiu um aresto, em 16 de Outubro de 2008, no qual disse que o reconhecimento só pode ser recusado quando afeta os princípios essenciais de carácter jurídico e social e a vida económica da nação alemã, de tal forma que o resultado deva ser considerado inaceitável pela ordem jurídica alemã,¹⁸ quer se trate da ordem pública substantiva quer da ordem pública processual.

Acrescentou: a incompatibilidade é evidente quando é flagrante e inquestionável.

b) Imparcialidade e independência dos árbitros

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, em 2001,¹⁹ sobre esta matéria, concluindo que as consequências da falta de imparcialidade de um árbitro devem ser conhecidas, em primeira linha, em sede de ação anulatória perante os tribunais do lugar da arbitragem. Somente no caso de isso não ter sido possível ou ter sido tentado sem êxito, os tribunais de homologação alemães podem conhecer, em sede de ação de reconhecimento, que tais factos constituíram uma violação

¹² Ver BGHZ 55, pág. 75, que se refere, por sua vez, aos BGHZ22, pág. 162; pág. 249; 30, pág. 89; e 46, pág. 365.

¹³ Ver BGHZ 98, pág. 73.

¹⁴ Ver BGHZ 98, pág. 74.

¹⁵ Ver BGHZ 55, pág. 175.

¹⁶ Como se sabe, ao invés, na LAV os conteúdos da ordem pública na anulação de uma sentença arbitral na arbitragem interna e na homologação de uma sentença arbitral estrangeira são os mesmos, embora possam ser interpretados e executado de modo relativamente diferente, dada a inclusão do advérbio *manifestamente* no texto do artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii).

¹⁷ Ver Oberlandesgericht Frankfurt, de 16 de Outubro de 2008, in Yearbook Arbitration, vol. XXXIV (2009), parágrafo 5, pág. 530.

¹⁸ Ver BGH NJW 2002, 960, 96.

¹⁹ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIX (2004), pág. 713.

dos princípios fundamentais do direito alemão. E apenas será assim se se demonstrar que a atuação do árbitro em questão teve um impacto concreto na decisão arbitral em violação do princípio da administração imparcial da justiça.²⁰

c) Violação das leis da concorrência

O Supremo Tribunal Federal, na linha de outras decisões sobre a questão de saber se as leis da concorrência integram a ordem pública de um estado, sustentou que, efetivamente, a violação das leis da concorrência integram a ordem pública internacional alemã, mas para que tal suceda torna-se necessário que a decisão do tribunal arbitral viole os princípios fundamentais da ordem jurídica, económica ou social alemã de maneira óbvia e significativa que não permita considerá-la aceitável em conformidade com os princípios essenciais nacionais.²¹

d) Violação de requisitos de forma

Por seu turno, o mesmo Tribunal tem decidido uniformemente que a violação de requisitos de forma de um ato jurídico pode implicar a nulidade ou anulabilidade do ato em questão, mas essa matéria não integra a ordem pública internacional alemã porque esses requisitos não regulam questões essenciais de ordem económica ou social.²²

e) Interdição da revisão de mérito da sentença arbitral estrangeira pelos tribunais nacionais

O tribunal de recurso de Celle decidiu não existir violação da ordem pública internacional alemã numa sentença arbitral, de 6 de Outubro de 2005, proferida no âmbito da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa.

Sustentou aquele tribunal que a objetiva incorreção da sentença arbitral devido a uma errada interpretação e aplicação da lei, bem como uma incorreta fixação dos factos provados não constituem fundamento de recusa do seu reconhecimento, uma vez que o tribunal recipiando não pode conhecer do mérito da sentença. A acrescer, só existe violação da ordem pública internacional do Estado alemão quando a sentença viole uma norma que regula princípios básicos de justiça.²³

f) Violação de normas processuais imperativas

Acrescentou ainda no caso aquele tribunal germânico, que o desvio da aplicação de normas imperativas de natureza processual não significa, sem mais, uma violação da ordem pública.

Em lugar disso, deve existir uma violação da ordem pública internacional do Estado alemão para que a sentença possa ser recusada (Ver BGHZ 98, págs. 70 e segs.).

Assim, o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira está sujeito a um regime mais restritivo do que a aceitação de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem interna.²⁴ A questão não pode ser vista à luz de se saber se um juiz alemão chegaria a uma conclusão diferente com fundamento numa norma imperativa do direito alemão. A questão é antes, e tão-somente, a de saber se existe uma violação de ordem pública internacional alemã, pois apenas isso é permitido à jurisdição dos tribunais alemães conhecer.

g) Custos excessivos da arbitragem

Igualmente o mesmo tribunal também se pronunciou sobre a decisão arbitral relativa aos custos de arbitragem e honorários de árbitros atento o seu alegado elevado montante e as

²⁰ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIX, pág. 713.

²¹ Ver BGH NJW de 1986, pág. 3027 e 3028; de 1998, pág. 2538 e segs. e NJW 2000, no. 30, págs. 2185 e 2186 no. 30.

²² Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXII (2007), para. 10, pág. 319.

²³ Ver BGH MDR 1999, pág. 1281. E também in Oberlandesgericht (tribunal de recurso) in Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXIV (2009), pág. 530.

²⁴ Como se disse antes neste artigo (ver número 6 *supra*), esta não é a posição da LAV, pois o conteúdo da *ordem pública internacional do Estado português* é o mesmo no artigo 46º, número 3., alínea b), subalínea ii) e no artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii), embora possa ser aplicada mais restritivamente tratando-se da arbitragem internacional do que na arbitragem doméstica.

possíveis consequências no campo do acesso à justiça, concluindo por considerar que tal facto não impede o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira.

h) Interdição da apreciação dos fundamentos da sentença

Por vários tribunais germânicos tem sido sustentada a não permissão da apreciação pelo tribunal do reconhecimento e execução dos fundamentos da decisão da sentença arbitral estrangeira. Tal facto não pode constituir fundamento de recusa. Possíveis erros ou más decisões nesse capítulo devem ser aceites pelos tribunais solicitados a reconhecer a sentença.

Porém, a título exemplificativo, as questões relativas à imparcialidade dos juízes e árbitros face ao disposto no artigo 85 (hoje, artigo 81) do Tratado de Roma constitui matéria de ordem pública internacional do Estado alemão, embora devam ser conhecidas em primeira linha pelos tribunais da *lex arbitri*. Se tal não tiver sucedido, ou se não tiver sido decidida a questão de modo compatível com a ordem pública internacional alemã, o tribunal de reconhecimento alemão deve fazê-lo em obediência às determinações da sua ordem pública internacional.

i) Falta de auto-verificação prévia de poderes pelo tribunal arbitral

Por sua vez, o tribunal de primeira instância de Munique entendeu, numa decisão de 20 de Junho de 1978, que a falta de verificação prévia por parte dos árbitros dos seus poderes para iniciar os procedimentos arbitrais, face às disposições sobre a matéria previstas na lei do lugar da arbitragem, constitui uma violação grave de ordem processual que impede o seu reconhecimento na Alemanha atento o disposto no artigo V, número 2., (b) da Convenção de Nova Iorque.²⁵

j) Caducidade da convenção de arbitragem

Igualmente, o tribunal de recurso da mesma cidade, em 20 de Novembro de 2003, recusou o reconhecimento de uma sentença arbitral proferida na Rússia pelo facto de a sentença arbitral ter sido proferida após as partes terem resolvido o litígio por acordo, facto que se deveu à falta de informação dada pelas partes aos árbitros sobre a transação entre elas efetuada.²⁶ A parte que, tendo-se conciliado com a contraparte, ainda assim pretende obter o reconhecimento da sentença arbitral, posteriormente proferida, abusa da confiança que a contraparte obteve com a celebração da transação no sentido de que o litígio havia terminado nas condições acordadas. Esta conduta é intolerável e viola grosseiramente os princípios básicos da justiça, confiança e da cooperação das partes com o tribunal arbitral, que são indispensáveis ao comércio internacional, pelo que viola a ordem pública internacional alemã.

l) Doutrina alemã sobre imparcialidade dos árbitros, incorreta constituição do tribunal arbitral e punitive damages

A posição da doutrina alemã sobre a violação pelos árbitros dos deveres de imparcialidade ou no caso de incorreta constituição do tribunal arbitral, bem como sobre a fixação de uma indemnização sancionatória (*punitive damages*), podem também constituir casos que justificam a recusa de reconhecimento por violação da ordem pública internacional alemã (Rolf Schütze, in *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3ª edição (1999), pág. 137).

Áustria

a) Deliberações dos árbitros

Na jurisprudência deste país, a violação da ordem pública deve constituir uma violação dos fundamentos essenciais da ordem jurídica austríaca.

Num caso julgado pelo Supremo Tribunal austríaco (Oberster Gerichtshof)²⁷ foi decidido que não viola a ordem pública internacional do Estado austríaco a prolação de uma sentença arbitral, num processo administrado pela CCI, em que os árbitros não se reuniram *in personam* para deliberar a decisão e o presidente do tribunal arbitral não consentiu que os árbitros, num total de três, comunicassem entre si para tomar a deliberação final.

²⁵ Ver Landesgericht Munich in Yearbook of Commercial Arbitration, vol. V (1980), pág. 260 e segs..

²⁶ Ver Bayerisches Oberstes Landesgericht, Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXII (2004), pág. 771 e segs..

²⁷ Ver Yearbook of International Commercial Arbitration, vol. XXXII (2007), pág. 259 e segs..

O Supremo Tribunal ajuizou que, muito embora fosse desejável que tivessem reunido para aquele efeito, em particular como foi o caso de uma deliberação que não foi obtida por unanimidade, os procedimentos da CCI permitiam, segundo o Regulamento de 1998, que a deliberação dos árbitros fosse exclusivamente tomada por correspondência ou por videoconferência, desde que esse tipo de procedimento não fosse interdito pela lei do lugar da arbitragem (*lex arbitri*).

A mera justeza do resultado negativo que pudesse resultar da falta de deliberação *in personam* dos árbitros não é motivo que justifica, só por si, a recusa do reconhecimento, dado o caráter particularmente excepcional da violação da ordem pública internacional austríaca.

A jurisprudência e a doutrina austríacas entendem, por seu turno, que não existe, na lei arbitral da Áustria, distinção entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional.²⁸

b) Questões de arbitrabilidade e ordem pública internacional

O Supremo Tribunal tem acentuado que o artigo V, número 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque não determina que a arbitragem interna dos estados membros deva ter um regime legal diferente da arbitragem internacional regulada pela Convenção. Tem afirmado que é irrelevante que um determinado caso seja submetido a arbitragem segundo a lei austríaca ou a lei de qualquer país. As questões de arbitrabilidade resolvem-se, em primeira linha, face à lei do lugar da arbitragem e, eventualmente, em segunda linha e se tal vier a ser o caso, face à lei do estado requerido a reconhecer a sentença arbitral proferida, designadamente nos termos do disposto no artigo V, número 2, alínea a), da Convenção. As questões de arbitrabilidade podem, eventualmente, constituir matéria do domínio da ordem pública de um estado.

c) Requisitos da violação da ordem pública internacional austríaca

O mesmo alto tribunal ajuizou que a pedra de toque para se concluir se uma decisão arbitral estrangeira deve ser recusada é a sua incompatibilidade com os princípios essenciais, basilares, da ordem jurídica austríaca devido ao facto de a decisão arbitral ser fundamentada numa ordem legal que é totalmente irreconciliável com a ordem jurídica austríaca.

A reserva da ordem pública deve ser usada parcimoniosa e raramente, por forma a não perturbar a harmonia do sistema internacional de circulação e reconhecimento de sentenças arbitrais entre estados.

Os princípios essenciais da ordem jurídica austríaca encontram-se contidos nos princípios constitucionais, na lei criminal e também nalgumas disposições da legislação processual. Na maioria dos casos, não é a decisão arbitral em si, mas sim o resultado da execução da sentença arbitral que pode ser irreconciliável com a ordem jurídica nacional.²⁹

d) Taxa de juro excessiva

Baseado nestes requisitos, o Supremo Tribunal decidiu³⁰ que uma taxa de juro que poderia atingir anualmente uma cifra de 107,35% deve ser entendida como um abuso da autonomia da vontade e da liberdade contratual e como tal imoral face ao disposto no artigo 879(1) do Código Civil austríaco, mas também face à ordem pública internacional do Estado austríaco, uma vez que os juros destinam-se a manter o valor do dinheiro, não podendo servir para constituir uma sanção pecuniária lesiva. Em consequência, o Supremo Tribunal decidiu conceder, apenas parcialmente, a homologação, entendendo que a parte relativa a juros não deveria ser reconhecida.

Itália

²⁸ Como se sabe, esta é também a posição da LAV em Portugal no que respeita, obviamente, à arbitragem interna e à arbitragem internacional que tenha lugar em Portugal.

²⁹ Deve notar-se que, no texto da LAV, artigo 56º, número 1., b), também é o resultado manifestamente incompatível emergente do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira que constitui o elemento relevante a ter em consideração e apreciação, o que é lógico, uma vez que o tribunal do reconhecimento não tem competência para apreciar o conteúdo da sentença arbitral estrangeira, devendo apenas preocupar-se com o impacto que a sua execução possa causar na sua ordem pública internacional.

³⁰ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXX (2005), pág. 435 e também em <http://cisgw3.lad.pace.edu/cases/050126a3.html>.

O artigo 839 do Código de Processo Civil prevê um regime de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras de dupla fase: num primeiro momento, o interessado deve dirigir um pedido de reconhecimento e execução ao presidente do tribunal de segunda instância competente que, após examinada a regularidade formal da sentença arbitral estrangeira, sendo caso disso, declara a sua exequibilidade, salvo se a sentença arbitral contiver disposições *contrárias à ordem pública*.

Após esta fase, num segundo momento, a parte requerida é notificada para se opor, querendo. A oposição pode ser baseada em qualquer dos fundamentos previstos taxativamente no artigo V da Convenção de Nova Iorque. Se tal não tiver sucedido ou a oposição for julgada improcedente, a decisão preliminar do presidente é confirmada.

O Supremo Tribunal pode conhecer oficiosamente dos fundamentos de recusa previstos no artigo V, número 2., da Convenção (questões de arbitrabilidade e ordem pública).

a) Interdição da revisão de mérito da sentença arbitral estrangeira e erros de julgamento

A jurisprudência italiana tem insistentemente negado competência aos tribunais nacionais para rever o mérito das decisões arbitrais estrangeiras.³¹ Assim, no caso *Vigel S.p.A vs. China National Machine Tool Corp.*, o Supremo Tribunal decidiu que o *error in iudicando* não constitui fundamento de recusa de uma sentença arbitral estrangeira.

O mesmo tribunal reconfirmou esta jurisprudência em novos acórdãos, datados de 17 de Março de 1982³² e 3 de Abril de 1987,³³ afirmando expressamente que a competência dos tribunais italianos na matéria do reconhecimento e execução apenas pode respeitar ao *dictum* (parte dispositiva da sentença arbitral), mas não aos fundamentos desta.

b) Ordem pública interna e ordem pública internacional italianas

Na lei italiana, tal aliás como sucede na LAV, distingue-se entre a ordem pública interna, que compreende todas as disposições imperativas da lei italiana, e a ordem pública internacional que compreende o corpo essencial e imperativo dos princípios da ordem jurídica italiana tal como definidos sucessivamente no tempo e que respeitam aos valores fundamentais éticos, sociais e económicos da comunidade nacional quando confrontados com uma ordem jurídica não italiana.

c) Interdição da apreciação dos fundamentos da sentença arbitral

No caso *SpA Abati Lagnami vs. Fritz Häupl*,³⁴ a parte italiana sustentou que tinha sido violada a ordem pública internacional italiana numa sentença arbitral estrangeira sujeita a um pedido de reconhecimento com base numa alegada atuação de má fé da parte contrária por ter baseado a ação arbitral em factos erróneos e, ainda, num contrato que violou as leis locais do lugar da execução do contrato relativas ao controlo cambial.

O Supremo Tribunal entendeu que qualquer desses fundamentos não constituíam motivo de recusa e que o impugnante deveria antes ter discutido essas questões nos tribunais do lugar da arbitragem.

d) Definição de ordem pública internacional italiana

O tribunal de recurso de Milão referiu-se à ordem pública internacional do Estado italiano como sendo o corpo de princípios universais partilhado pelas nações dotadas de uma civilização semelhante ou afim, em vista da proteção dos direitos humanos fundamentais, frequentemente corporizado em declarações ou convenções internacionais.³⁵

e) Falta de fundamentação da sentença arbitral estrangeira

A análise da jurisprudência italiana revela que os tribunais italianos não têm considerado que a falta de fundamentação das sentenças arbitrais, bem como o facto de um tribunal arbitral ter sido apenas formulado por dois árbitros, constituíssem casos de violação da ordem pública internacional italiana.

³¹ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXII (2007), pág. 402.

³² Ver, idem, vol. IX (1984), pág. 426 e segs.

³³ Ver, idem, vol. XVII (1992), pág. 529 e segs..

³⁴ Ver, idem vol. XVII, (1992), pág. 529 e segs.

³⁵ Ver, idem vol., XXII (1997), pág. 726.

Numa apreciação geral, a jurisprudência italiana tem-se mostrado muito favorável à arbitragem, aliás na linha da generalidade dos países europeus.

Espanha

a) Interdição da revisão de mérito e definição da ordem pública internacional espanhola

O Supremo Tribunal tem repetidamente afirmado que a homologação por um tribunal espanhol de uma sentença arbitral estrangeira assume natureza estritamente processual sem poder conhecer ou rever a decisão de mérito, a não ser no que seja estritamente necessário para assegurar que os princípios essenciais da ordem pública internacional do Estado espanhol sejam respeitados.³⁶

b) Requisitos da violação da ordem pública internacional espanhola

Transcrevendo outra decisão do Supremo Tribunal em matéria de violação de normas ou princípios processuais essenciais da ordem pública internacional de Espanha:³⁷

Com base no caráter constitucional que hoje é atribuído à ordem pública internacional da ordem jurídica espanhola incorporada em normas constitucionais (especialmente, in casu, o artigo 24 da Constituição e uma vez que no caso em questão se tratavam de questões processuais) deve ter-se em conta o que constitui uma violação processual dessa natureza: a violação para ser relevante deve ser material, concreta e real (e, assim, não uma mera violação nominal ou formal). Estes requisitos claramente excluem a inatividade, passividade, falta de interesse ou negligência na atuação processual da parte que alega a violação.

c) Definição da ordem pública internacional espanhola face à Constituição

O mesmo alto tribunal ajuizou, no caso *Saroc SpA vs. Sahec, SA*, ibidem vol. XXXII (2007), pág. 578, que a partir da Constituição de 1978 o conceito de ordem pública adquiriu uma nova caracterização:

indubitavelmente, o conceito incorpora os princípios que inspiram o nosso sistema constitucional – entre eles, especificamente, os direitos fundamentais e as liberdades públicas – e isto está contido nas disposições da Constituição em particular no seu artigo 24º.³⁸ Portanto, no plano internacional, a ordem pública corresponde essencialmente aos direitos e garantias contidos na Constituição relativamente à proibição da violação das normas do processo regular devido.

A violação deve ser material, concreta e real, não meramente formal; somente no caso em que uma violação daquela natureza tenha impedido uma parte da oportunidade de apresentar o seu caso, e essa privação efetivamente signifique a violação desse direito fundamental, estamos na presença de uma violação relevante.

d) Ordem pública internacional espanhola e diferenças linguísticas

O Supremo Tribunal espanhol julgou³⁹ que as diferenças linguísticas entre as partes no comércio internacional, quando o próprio contrato e a correspondência entre as partes foram na língua inglesa que igualmente foi a língua do processo arbitral, não constitui motivo de ordem pública que impeça o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira.⁴⁰

³⁶ Ver www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1052043-n, in parágrafo 38.

³⁷ Ver *Vinalmar, SA vs. Gaspar Peral Y Cia, SL* in Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXII (2007), pág. 515 segs..

³⁸ O artigo 24 da Constituição estabelece (tradução livre):

1. *Todas as pessoas têm o direito de obter efetiva proteção dos tribunais no exercício dos seus direitos e legítimos interesses e, em nenhum caso, deve ser permitido que fiquem numa situação de ausência de defesa.*

2. *Do mesmo modo, todos têm o direito de acesso a um tribunal predeterminado na lei; a ser representado por um advogado; a ser informado dos pedidos que contra ele são formulados; a um julgamento público sem demoras e gozando de totais garantias; a utilizar as provas apropriadas à sua defesa; a não serem consideradas incriminatórias as declarações por si proferidas; a não ser incriminado ou condenado apenas com base em declarações suas; a ser presumido inocente.*

³⁹ Ver, idem, vol. XXXII (2007), pág. 600.

⁴⁰ Ver, idem, vol. XXXII, pág. 603.

e) Falta de provas, errada decisão e excessivo formalismo da sentença arbitral

Noutro processo, a Sala Civil do Supremo julgou outro caso ⁴¹ em que considerou que as alegações de oposição ao pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que a seguir se indicam são irrelevantes e não constituem violação da ordem pública internacional espanhola, a saber:

- falta de prova de que o impugnante foi privado dos meios legítimos de obter ganho de causa por força de uma decisão arbitrária do tribunal, a qual foi injustificada e sem fundamento, manifestamente irracional e incorreta relativamente ao que seria admissível e, finalmente, porque a decisão arbitral foi excessiva e descabidamente formalista em relação aos objetivos da câmara arbitral técnica em questão (a FOSFA-Federation of Oils, Seeds & Fats).

f) Violação da ordem pública internacional espanhola

Noutro caso, o Supremo pronunciou-se sobre se uma sentença arbitral estrangeira violou a ordem pública internacional espanhola, examinando em concreto se os princípios fundamentais da ordem jurídica tinham sido violados e, se tal foi o caso, qual o impacto sofrido ou que pudessem ser sofridos pela ordem jurídica espanhola, mais concretamente os princípios fundamentais expressos na Constituição. Aquele tribunal confirmou que a *ordem pública* a que se refere o artigo V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque tem o significado de ordem pública internacional e que algumas disposições da ordem processual espanhola fazem parte da sua ordem pública internacional.

g) Nulidade da convenção de arbitragem, cláusulas e condições gerais dos contratos e violação do princípio due process

Ainda noutro caso - *Pueblo Film Distribution Hungary KFT vs. Laurenfilm, SA* – foi submetido inicialmente a arbitragem da AFMA American Film Marketing Association. A parte requerida num processo de homologação foi a empresa Pueblo Film Distribution que alegou, contra o pedido de homologação, que a convenção de arbitragem era nula porque se continha nas condições gerais de um contrato preparado e imposto pela outra parte sem possibilidade de negociação. Foi também alegado que a convenção de arbitragem era injusta e danosa para a parte demandada porque submetia a resolução dos litígios a uma câmara arbitral pertencente a uma associação comercial de que a outra parte era membro.

O Supremo Tribunal decidiu que a ordem pública internacional do estado espanhol não se podia considerar violada por qualquer dos factos alegados pelo impugnante, pois não se pode concluir que este tenha sido colocado em situação de inferioridade de tal modo que não pudesse fazer valer os seus direitos, até pelo facto de não poder ser considerado um consumidor final para o efeito da aplicação da legislação relativa às cláusulas e condições gerais dos contratos que, estas sim, poderiam ser consideradas parte da ordem pública internacional do Estado espanhol quando se considera de as aplicar em prol da proteção devida ao consumidor final.

Ao invés, as condições gerais são usuais no comércio internacional, pois destinam-se a facilitar a negociação e a conclusão de contratos *standard*.

Também não demonstrou o impugnante que o julgamento arbitral sob administração daquela associação tivesse sido, apenas por isso, parcial e violador do princípio do *due process* que, se tivesse sido o caso, dependendo embora das circunstâncias respetivas, poderia eventualmente ser considerado violador da ordem pública internacional espanhola.

Suíça

A Suíça, conjuntamente com a França, a Alemanha, a Inglaterra, a Suécia, os EUA, Hong-Kong e Singapura, entre outros, constituem importantes centros de arbitragem internacional. Encontram-se por isso na linha da frente do desenvolvimento da instituição.

⁴¹ Ver, *idem*, vol. XXXI (2006), pág. 851.

A Suíça é um dos primeiros signatários da Convenção de Nova Iorque, pois firmou-a em 29 de Dezembro de 1958.

O artigo 194 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado manda aplicar a Convenção, sem necessidade de qualquer legislação regulamentadora da sua aplicação. Uma vez que a Convenção de Nova Iorque constitui um diploma genérico das condições do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, mesmo provindas de estados não membros (artigo I, número 3) e tendo em atenção que, como é sabido, ela deixa aos tribunais dos estados nacionais o modo como a devem interpretar e aplicar, a Convenção tem na legislação e jurisprudência suíças um sentido universal, devendo conseqüentemente ser tida em conta tanto a jurisprudência suíça, como a internacional.

a) Sequência sucessiva de aplicação do número 1. e do número 2. do artigo V da Convenção de Nova Iorque

Um dos pontos importantes de ordem metodológica a ter em atenção, tal como sublinhou o Tribunal Federal suíço,⁴² e também resulta do texto da Convenção como já sublinhámos anteriormente, consiste em dever ser aplicado, em primeiro lugar, o disposto no artigo V, número 1., e só no caso de ele não ter aplicação, se deve entrar na aplicação do disposto no número 2. do mesmo artigo.

b) Requisitos da violação da ordem pública internacional suíça

Acrescentou, ademais, aquele tribunal helvético que nem todas as irregularidades podem constituir fundamento de recusa de uma sentença arbitral estrangeira, mesmo no caso de ela constituir motivo de anulação no direito interno suíço e no âmbito de uma arbitragem doméstica. Ela deve significar a violação de princípios fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça que fira, de uma maneira intolerável, a noção de justiça (sentimento do Direito).

c) Definição de ordem pública internacional suíça

O conceito de *ordem pública internacional suíça* está presente em várias decisões da jurisprudência do País, com um recorte e significado mais restrito do que o que é entendido, nos seus limites, no direito arbitral interno aplicável à arbitragem doméstica definido no artigo 190 (2) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado.

Assim, somente as violações de princípios ou valores particularmente fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça podem ser motivo de recusa de uma sentença arbitral estrangeira. Mesmo a ausência de fundamentação factual e jurídica, em qualquer caso com um sentido próprio de uma decisão jurisdicional de um litígio, não constitui violação da ordem pública suíça em conformidade com o disposto no artigo 190 (2) (e) daquela lei.

A definição de ordem pública internacional suíça foi feita, em 2001, pelo Supremo Tribunal nos seguintes termos:

... consiste no conjunto dos princípios fundamentais geralmente reconhecidos como tais, de tal modo que a sua não aplicação seria considerada contrária aos valores básicos comuns às nações civilizadas.

Confirmou este mesmo entendimento,⁴³ em 2008, afirmando:

... a ordem pública, constituindo uma exceção, deve ser interpretada restritivamente, especialmente no domínio de decisões estrangeiras em que o seu campo de aplicação é relativo a direito estrangeiro ...

Assim, verifica-se violação da ordem pública (internacional suíça) quando o reconhecimento de uma sentença estrangeira se revelaria intolerável ao conceito suíço de justiça. Uma sentença estrangeira pode revelar-se incompatível com a ordem jurídica suíça, não somente por razões próprias da substância da sentença, mas também por

⁴² Ver, idem, no caso *Chrome Resources SA vs. Léopold Lazarens, Ltd.*, vol. XI (1986), pág. 540.

⁴³ Ver, idem, vol. XXIX (2004), pág., 839 e segs.).

questões procedimentais que tenham conduzido à sua prolação. A este respeito, a ordem pública suíça requer o cumprimento dos princípios fundamentais de natureza processual previstos na Constituição suíça, tais como o direito a um processo justo e o direito a ser ouvido ... Estes princípios aplicam-se, igualmente, ao reconhecimento e à execução de uma sentença arbitral estrangeira.

Num processo de reconhecimento de uma sentença arbitral provida dos EUA e outra da República Checa, o Tribunal Federal através de arestos datados, respetivamente, de 28 de Julho de 2010 e de 4 de Outubro de 2010, reafirmou aquela doutrina, sublinhando que a violação da ordem pública internacional suíça deve traduzir-se numa ofensa ao sentimento nacional do Direito, pelo facto de disposições fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça não terem sido observadas.⁴⁴

Em 2003, o mesmo alto tribunal explicitou ainda que a ordem pública processual suíça garante às partes o direito a uma decisão independente sobre as conclusões e factos submetidos ao tribunal arbitral em conformidade com a legislação processual aplicável; a ordem pública processual é violada quando fundamentais princípios, generalizadamente reconhecidos como tal, são infringidos, resultando daí uma intolerável contradição com os valores reconhecidos num país governado pelo estado de direito e pelos sentimentos de justiça. Todavia, acrescenta-se na decisão do Tribunal Federal, que nem toda a violação, mesmo que arbitrária, constitui uma ofensa à ordem pública. Somente, tratando-se de matéria processual, a violação de uma regra essencial que vise assegurar a justeza dos procedimentos pode ser tida em consideração.⁴⁵

d) Independência e imparcialidade dos árbitros

Em 28 de Julho de 2010, o mesmo tribunal confirmou o que vem sendo transcrito e salientou, nomeadamente,⁴⁶ que as questões de independência e imparcialidade incluem-se no âmbito da ordem pública.

Também disse, na mesma decisão, que a parte que pretenda vir a beneficiar da impugnação ou da recusa de um árbitro deve invocar o facto imediatamente após ter tomado consciência da situação de falta de independência ou de parcialidade de um árbitro em obediência ao princípio da boa fé em arbitragem. Idêntico regime, relativamente à obrigatoriedade de denúncia imediata do facto, está previsto no artigo 46º, número 4., da LAV. Todavia, este dispositivo não seria aplicável aos casos de falta de independência ou parcialidade, porque estes vícios da sentença não são derogáveis, podendo ser alegados a todo o tempo.

Naquele caso, o Tribunal Federal afirmou que, se é certo que não há um conceito universal de ordem pública, ele todavia comportará sempre os conteúdos fundamentais de ordem legal, moral e ética dos padrões civilizacionais, valores estes de que a Suíça compartilha. Baseado neste conceito, o Tribunal Federal declarou que mesmo as questões do Direito da Concorrência da União Europeia ou da própria Suíça ou de outro estado não fazem parte da ordem pública internacional suíça ou dos valores comuns que integram aqueles padrões civilizacionais.⁴⁷

e) Erro de decisão sobre a lei aplicável

Também é constante na Suíça a jurisprudência do Tribunal Federal segundo a qual a aplicação errada por um tribunal arbitral da lei aplicável ou a aplicação de uma lei estrangeira cujo resultado conflitua com normas imperativas da lei suíça não constitui, só por si, violação da ordem pública internacional suíça.⁴⁸

O tribunal de recurso de Genebra reconheceu uma sentença arbitral, proferida no âmbito da instituição arbitral chinesa CIETAC, que erradamente não tinha aplicado a Convenção de Viena

⁴⁴ Ver, respetivamente, www.kluwitarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1152034-n, pág. 5 em que o número de ordem, no caso da sentença checa, muda para 1152035, pág. 16.

⁴⁵ Ver, idem, vol. XXIX (2004), pág. 226.

⁴⁶ Ver www.kluwitarbitration.com/print.aspx?ids=KLT-KA1152034-n, para. 19, pág. 6.

⁴⁷ Ver Journal of International Arbitration, vols. 25 e 26 (1980), pág. 702.

⁴⁸ Ibidem, pág. 702.

sobre a venda internacional de coisas móveis, com fundamento no facto de o disposto no artigo V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque somente ser de aplicar no caso de se verificar uma violação de princípios fundamentais da ordem jurídica suíça que ofendam o sentimento inato de justiça de um modo intolerável.⁴⁹

f) Definição de ordem pública internacional suíça

No caso *Omnium de Traitement et Valorisation – OTV vs. Hilmarton, Ltd.*, o Supremo Tribunal⁵⁰ decidiu que um contrato que viole disposições legais estrangeiras pode também ser considerado, em certas condições, violador da ordem pública internacional suíça por representar uma afronta à moral protegida pelo direito suíço. Para que isso suceda, é necessário que as disposições contratuais em questão conflituem flagrantemente com a noção de moral vigente na Suíça e a integridade do conceito nacional suíço do que é o bem público.

A disposição legal violada deve, em tese, visar os interesses individuais ou coletivos que, de acordo com a convicção generalizada, são de fundamental ou de vital importância, devendo estar em questão valores legais fundamentais que, de um ponto de vista ético, devam prevalecer sobre o princípio da liberdade contratual.

g) O princípio fundamental de liberdade contratual

Mas, também foi decidido no mesmo aresto que uma disposição legal do direito argelino que proíbe qualquer intervenção de intermediários na conclusão de contratos é demasiado protecionista, pois visa assegurar um monopólio de estado no comércio internacional com a Argélia, não podendo assim prevalecer, sob um ponto de vista ético, sobre o princípio fundamental da liberdade contratual.

h) Recusa de homologação por razões de natureza processual e violação dos bons costumes

No contexto restritivo da aplicação da exceção de ordem pública na Suíça são, pois, escassos os casos de recusa de reconhecimento, embora possam sempre existir alguns casos tais como a seguir se dá conta, particularmente no domínio da ordem pública processual.

Um caso paradigmático é o de um contrato celebrado entre uma empresa suíça e uma empresa turca que continha uma cláusula arbitral que previa, em caso de litígio, um tribunal arbitral composto por um único árbitro que havia sido advogado de ambas as partes no contrato. A cláusula arbitral previa, ainda, uma indemnização do montante de um milhão de francos suíços a pagar pela parte faltosa que recusasse o árbitro único previamente escolhido. Surgido o litígio, aquele árbitro condenou a parte suíça a indemnizar a parte turca, por violação do contrato, no montante de 1,463.131.00 francos suíços. Requerida na Suíça a homologação da sentença arbitral proferida na Turquia, o tribunal de primeira instância que se pronunciou sobre o pedido de reconhecimento recusou-o com fundamento em violação da ordem pública suíça com base no artigo V, número 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque,⁵¹ uma vez que ela requer que os árbitros intervenientes em arbitragem sejam, e se mantenham em todo o processo arbitral, independentes e imparciais tal como os juízes, o que se demonstrou não ser o caso. Também disse aquele tribunal que a indemnização devida para o caso de remoção do árbitro era contra os bons costumes que igualmente integram a ordem pública internacional suíça. A sentença é datada de 26 de Julho de 1995.

Suécia

Definição de ordem pública internacional sueca

A lei arbitral sueca incorporou, nos seus artigos 52 a 60, a Convenção de Nova Iorque. No domínio da ordem pública, a disposição da lei arbitral sueca estipula que será recusada a sentença arbitral estrangeira que se revele incompatível com os princípios básicos da ordem jurídica sueca.

⁴⁹ Ver, idem, Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXVIII (1998), pág. 769.

⁵⁰ Ver, idem, vol. XIX (1994), pág. 221.

⁵¹ Ver, idem, vol. XXIII (1998), pág. 759.

Certas decisões jurisprudenciais têm clarificado o sentido desta disposição legal, estatuidando que é de recusar uma sentença arbitral estrangeira que se revele patentemente incompatível com os princípios básicos da ordem jurídica sueca.

Esta posição traduz uma interpretação claramente restritiva do conteúdo da ordem pública internacional daquele país.

Japão

Este país não implementou a Convenção de Nova Iorque no direito interno. A interpretação do artigo 98 (2) da Constituição permite concluir, porém, pelo caráter recetivo pleno dos tratados e convenções internacionais de que o Japão é parte sem necessidade de um ato de recepção interna específico.

a) Definição de ordem pública internacional japonesa

Sobre a ordem pública e a sua aplicação a sentenças arbitrais estrangeiras, o artigo 45 (2) da lei da arbitragem de 2003 estabelece que será recusada a sentença que violar a ordem pública ou as razões da moral do Japão.

b) Subsunção de irregularidades processuais

Sobre as irregularidades processuais que pudessem, segundo a jurisprudência de outros países, caber na definição de ordem pública, a jurisprudência japonesa tem entendido que devem naturalmente ter antes acolhimento no artigo V, número 1., e não na ordem pública internacional do Estado japonês.

c) Ordem pública e laços de dependência da instituição arbitral e uso de documentos falsos

De resto, de um modo geral, os tribunais japoneses têm sistematicamente recusado as exceções de violação da ordem pública, reconhecendo e executando a generalidade das sentenças arbitrais estrangeiras.

Num caso paradigmático, aliás, os tribunais não recusaram uma sentença arbitral proferida sob a administração da CIETAC (a mais conhecida instituição de arbitragem chinesa), afirmando que a ligação desta instituição ao Governo chinês de que era dependente, não é suficiente, só por si, para impedir a homologação da sentença; mais ajuizou que, mesmo que, como alegado mas não provado, a sentença arbitral se tivesse fundamentado em documentos falsos nada impediria a sua homologação no Japão, uma vez que a parte requerida no processo de reconhecimento tinha tido a possibilidade de discutir essa questão nos tribunais chineses, matéria sobre a qual os tribunais japoneses carecem de competência. Não é, portanto, através de um mero pedido de reconhecimento noutra país - o Japão - que a alegação de documentos falsos poderia ser conhecida de acordo com o artigo 58 (i) (iv) da Lei de Arbitragem chinesa.

d) Ordem pública e punitive damages

Porém, as sentenças arbitrais que tenham atribuído juros indemnizatórios (*punitive damages*) serão possivelmente recusadas no Japão, embora não exista ainda qualquer jurisprudência sobre a questão.

República da Coreia

O país adotou em larga medida, na lei de arbitragem de 1999, a Lei-Modelo da UNCITRAL. Manda aplicar a Convenção de Nova Iorque na matéria do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

a) Definição de ordem pública internacional coreana

O Código de Processo Civil interpreta o conceito de ordem pública aplicável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, afirmando o que se entende por ordem pública coreana: *as normas da boa moral (good morals ou morality) e outros valores de*

ordem social da República da Coreia. Utiliza, como se vê, conceitos do direito anglo-saxónico. Ver a nota de rodapé número 58 *infra* sobre a definição do conceito de *good morals* ou *morality*.

b) Ordem pública internacional e as cláusulas e condições contratuais gerais

No caso *GKW International Trading Ltd. vs. Kukje Corporation*, de 10 de Abril de 1990, o Supremo Tribunal inverteu a jurisprudência comum anterior que favorecia a parte coreana, sobretudo quando da cláusula arbitral constavam cláusulas e condições contratuais gerais, decidindo que esta circunstância não impedia o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira.

c) Definição de ordem pública internacional coreana

Em geral, a jurisprudência coreana caracteriza-se por uma atitude pró-arbitragem, seguindo uma interpretação restritiva da *ordem pública internacional do estado Coreano*.

No caso *Adviso N.V. vs. Korea Overseas Construction Corp.*,⁵² o Supremo Tribunal reafirmou que a função básica da ordem pública internacional consiste em proteger as convicções fundamentais de *good morals* e de ordem social do país.

Sublinhou também que se deve também atender à necessidade de assegurar a estabilidade da ordem comercial internacional, motivo por que aquele conceito deve ser restritivamente entendido. Sempre que uma lei estrangeira que tenha sido aplicada por uma sentença arbitral estrangeira viole uma lei coreana, isso não significa que deva necessariamente constituir um motivo de recusa. Isso só deverá suceder quando ela for contrária às *normas de good morals e a outros valores da ordem social coreana* sem esquecer a perspectiva de assegurar a estabilidade do comércio internacional.

d) Falta de fundamentação da sentença arbitral estrangeira, due process e juros excessivos

Um caso julgado pelo Supremo Tribunal foi paradigmático nesta matéria,⁵³ pois entendeu que o facto de à sentença lhe faltar fundamentação e que houve certos procedimentos que decorreram sem a presença da parte requerida e, ainda, que o montante da condenação excedeu o preço acordado da compra e os juros cifraram-se num valor excessivo, contrariando o disposto na lei do contrato, não constituem motivo de recusa do reconhecimento e execução.

O Supremo Tribunal coreano, a propósito, realçou que o artigo V, número 2., (b) da Convenção de Nova Iorque deve ser interpretado restritivamente, tendo em atenção, não apenas a proteção dos valores da comunidade coreana, mas também a necessidade de garantir estabilidade ao comércio internacional.

e) Prescrição de direitos e estipulações contratuais unilateralmente fixadas

No citado caso *Adviso N.V. vs. Korea Overseas Construction Corp.*, o Supremo Tribunal também afirmou que nem *as diferenças entre a lei estrangeira aplicada na sentença e a lei coreana em matéria do regime da prescrição de direitos*, nem *as estipulações contratuais fixadas apenas por uma parte*, nem *o exercício tardio de um direito* determinam o não reconhecimento e a não execução na República da Coreia de uma sentença arbitral estrangeira, pois não violam a ordem pública internacional do país.

f) Contradição entre uma lei estrangeira e uma lei imperativa coreana

Na mesma decisão, acrescentou aquele alto tribunal que a contradição entre uma sentença arbitral estrangeira e uma lei imperativa coreana não significa necessariamente a recusa do seu reconhecimento e execução, pois isso só deverá suceder se for contrária às normas da boa moralidade e outros valores da ordem pública internacional coreana.

g) A violação das leis da concorrência não ofendem necessariamente a ordem pública internacional coreana

⁵² Ver, *idem*, vol. XXI (1996), pág. 612 e segs.

⁵³ Ver *Journal of International Arbitration*, vol. 25(6), pág. 869.

Por sua vez, o tribunal de recurso de Seul ajuizou ⁵⁴ que mesmo a *violação das normas coreanas em matéria de concorrência* não constituem necessariamente motivo de recusa de reconhecimento e execução, tendo em atenção *a necessidade de assegurar a estabilidade do comércio internacional e atendendo ao facto de o contrato em questão ser regulado pela lei da Califórnia*.

h) Atos fraudulentos e a ordem pública internacional coreana

Mesmo o cometimento de um ato fraudulento pela parte vencedora de um pleito não constitui fundamento de recusa face à ordem pública internacional coreana e só o será se se demonstrar que:

- foi feita prova clara e convincente, no tribunal arbitral, que a parte vencedora cometeu um ato fraudulento no procedimento arbitral que mereça ser punido;
- a parte contrária não pôde opor-se, no processo arbitral, porque desconhecia, sem negligência sua, o ato fraudulento cometido;
- o ato fraudulento praticado é relativo às questões objeto da sentença arbitral. ⁵⁵

i) Due process (regularidade processual)

Também a jurisprudência do país entendeu ⁵⁶ que *a notificação para arbitragem efetuada, embora no lugar assinalado no contrato, mas numa situação em que o notificante tinha entretanto mudado de endereço, tendo porém em atenção que foi notificado oralmente*, não constitui contradição com a ordem pública internacional do Estado coreano, uma vez que isso só deverá suceder quando a ausência de defesa do demandado for de tal ordem grave, em resultado da falta de notificação, que seja intolerável admitir a justeza do procedimento arbitral.

j) Punitive damages (indenização sancionatória)

A denominada *punitive damages* (indenização sancionatória) na linguagem jurídica norte-americana não deve ser reconhecida na Coreia, uma vez que assume natureza sancionatória à face da lei aplicada.

No entanto, o tribunal reconheceu cinquenta por cento do montante indemnizatório fixado na sentença arbitral. ⁵⁷

B. Estados de raiz anglo-saxónica (*common law*)

No domínio do direito de raiz anglo-saxónica (*common law*), veremos de seguida se existem diferenças concetuais na caracterização do conteúdo da ordem pública em matéria arbitral relativamente ao sistema de direito civil. Analisaremos brevemente a lei e a jurisprudência de alguns dos países mais representativos, incluindo sob o aspeto do seu desenvolvimento económico e social e atendendo igualmente ao estado da evolução da arbitragem internacional e da sua adoção interna nesses países.

Inglaterra

Começamos pela Inglaterra, pátria do *common law*.

A Convenção de Nova Iorque foi implementada em Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte em Setembro de 1975.

A lei de arbitragem atualmente em vigor consta do Arbitration Act de 1996. Na sua secção 103 (3) faz-se eco do disposto no artigo V, número 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque. Utiliza o conceito de *public policy* (ordem pública) sem quaisquer outros adjetivos ou qualificações.

⁵⁴ Ver Journal of International Arbitration, vol. 25 (6), pág., 870.

⁵⁵ Ver decisão do Supremo Tribunal coreano in www.crystaevents.info/APRAG/postevent%5CS4T1-BC20Yoon.prd.

⁵⁶ Ver Journal of International Arbitration, vol. 25(6), pág. 867

⁵⁷ Ver idem, vol. 26(6), pág. 871.

a) Aplicação facultativa da exceção de ordem pública

A jurisprudência tem salientado que a concessão do reconhecimento e execução é discricionária, no sentido de, mesmo quando exista fundamento de recusa, o tribunal nacional pode conceder a homologação.

b) Definição de ordem pública internacional inglesa

A recusa de homologação ou reconhecimento pode ocorrer quando o sentido de uma sentença arbitral estrangeira que tenha aplicado uma lei estrangeira se revela contrária aos interesses do Reino Unido ou contrária à justiça ou à *morality*.⁵⁸

A doutrina inglesa é clara na afirmação de que os seus tribunais aplicam um conceito restritivo da ordem pública.⁵⁹ Também o eminente jurista e magistrado Sir John Donaldson MR disse:⁶⁰ *a ordem pública não pode nunca ser exaustivamente definida e deve ser analisada com extremo cuidado.*

Ou como Burrough, J. anotou no caso *Richardson vs. Mellish*:⁶¹ *quando outras razões não ocorrerem, deve ser demonstrado que a execução da sentença arbitral se revela claramente ofensiva do bem público (public good) ou, possivelmente, que a sua execução se revela totalmente ofensiva do senso de um homem comum bem informado e em cujo nome os poderes do Estado são exercidos.*

c) Ordem pública interna e ordem pública internacional

A jurisprudência inglesa distingue entre a ordem pública doméstica ou interna e a ordem pública internacional. O conteúdo desta última é mais restrito do que o da primeira.

Como salienta R. H. Graveson, in *Conflicts of Laws*, 7ª edição, pág. 165: *o propósito do Direito, quanto à proteção das instituições sociais, reflete-se nas suas leis, quer de índole nacional, quer no domínio do direito internacional privado. Embora o conceito de ordem pública seja o mesmo pela sua própria natureza, a sua aplicação difere, contudo, quanto ao grau e condições dessa aplicação, tendo em atenção que as transações que contenham um elemento de internacionalidade podem constituir uma ameaça menos séria para as instituições sociais do que as que resultam das transações internas.*

A mesma jurisprudência resulta da posição de Lord Justice Waller: *em nada ofende a ordem pública inglesa o entendimento de um tribunal arbitral de que um contrato não é ofensivo da ordem pública doméstica da lei do contrato, mesmo se a ordem pública inglesa puder ter uma diferente posição.*

d) Ordem pública interna e internacional inglesas e a fraude na obtenção da sentença arbitral

Na lei de arbitragem inglesa (artigo 68(2)), uma sentença arbitral pode ser anulada com fundamento em irregularidade grave, entendendo-se como tal, entre outras causas de anulabilidade, a prolação da sentença arbitral mediante a utilização de fraude ou no caso de o modo como se obteve a sentença arbitral ter sido contrário à ordem pública. Este regime é também aplicável no processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em geral, os tribunais ingleses, em processos de reconhecimento ou de execução de sentenças arbitrais estrangeiras, só acolhem arguições de violação da ordem jurídica inglesa por cometimento no processo arbitral de uma irregularidade de fraude se a questão não tiver sido

⁵⁸ *Good morals* ou *morality* significa no direito anglo-saxónico (segundo Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford) o seguinte:

O conceito compreende uma fusão de procedimentos, sentimentos populares, religião, direito, costumes e opinião pública. De uma forma geral, diz-se que morals ou morality compreendem os padrões de conduta que são aceites na sociedade em que alguém vive. Esses padrões são estudados de um ponto de vista do que deve ser aceite e permitido ou reprovado pela religião, pela moral, pela teologia e pela ética ou moral filosófica e, ainda, padrões do que, na prática, é aceite na sociedade segundo a antropologia social e a sociologia. Casos de bad morality que não são aceites pela sociedade incluem, entre outros, a imoralidade sexual, a desonestidade e o tratamento injusto (unfair treatment).

Não existe perfeita correspondência entre Direito e Morality ou Good Morals. Estes últimos significam antes, não princípios legais, mas sim sentimentos de consciência próximos do que é o Direito Natural.

⁵⁹ Lord Simon of Glaisdale no caso *Vervaerke vs. Smith*.

⁶⁰ 2 *Lloyd's Report*, pág. 246 e segs. (1987).

⁶¹ Ver *Bing*, pág. 229/252.

levantada no tribunal arbitral ou nos tribunais do país da localização da arbitragem, pois, se tal sucedeu, os tribunais ingleses consideram que não é da sua competência julgar esses factos, mas apenas decidir sobre se é ou não de reconhecer e executar a sentença arbitral e nada mais do que isso. É irrelevante a questão de saber se um tribunal arbitral localizado em Inglaterra e aplicando o direito inglês decidiria de modo diferente.⁶²

e) A ordem pública internacional inglesa e a violação da Natural Justice aplicável ao caso de falta de poderes do tribunal arbitral

De notar que a jurisprudência e a doutrina inglesas têm entendido que a sua ordem pública é violada quando uma sentença arbitral ofende as normas da denominada Justiça Natural.⁶³ Segundo Walker, in *The Oxford Companion to Law*, pág. 668, o conceito de *Natural Justice* é aplicado no campo do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras com o sentido de ser contrária à Justiça Natural uma sentença estrangeira que foi proferida por uma entidade jurisdicional (um tribunal arbitral na matéria que nos ocupa neste artigo) sem competência para tanto ou sem que ao demandado tenha sido dada a oportunidade de se defender.

f) O dano e a afetação das boas relações internacionais

A alegação de dano, *in casu*, suscetível de afetar as boas relações internacionais entre o estado a que pertence a parte vencida no processo arbitral e o estado inglês é irrelevante e não pode impedir o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira, como foi decidido no caso *Dalmia Dairy Industries Ltd. vs. National Bank of Pakistan* (1978) in 2 Lloyds Law Reports, pág. 300 (1978). Recorde-se, no entanto, que os denominados *interesses do Reino Unido* têm, em tese, sido associados ao conceito de ordem pública daquele País. A aplicação prática desta derivação do conceito de ordem pública tem sido, porém, extremamente rara, se não mesmo vazia de conteúdo, mas que exprime bem o lado pragmático dos ingleses e da defesa dos seus interesses acima dos conceitos abstratos.

g) Os casos graves de violação da ordem pública transnacional inglesa

A incompatibilidade e a contradição de uma lei estrangeira com uma lei inglesa que não integre a ordem pública internacional do Reino Unido não constituem motivo de recusa do reconhecimento e execução. Somente os atos graves universalmente condenados, tais como, entre outros, o terrorismo, o tráfico de drogas, a prostituição, a pedofilia e, em qualquer caso, a corrupção e a fraude se mostram suscetíveis de constituir uma ofensa à ordem pública inglesa.⁶⁴

No entanto, sempre que a sentença arbitral imponha o pagamento de uma quantia em dinheiro e o pagamento se destinou a executar um ato indiscutivelmente ilegal (por ex. a execução de um crime de sangue, o tráfico de drogas, etc.) os tribunais ingleses não reconhecerão ou executarão uma sentença arbitral estrangeira e não o farão com fundamento em razões de ordem pública, uma vez que, nomeadamente, o tribunal arbitral não podia ignorar o que são atos irrefutavelmente ilegais.⁶⁵

h) A violação de leis cambiais e fiscais estrangeiras

Em resumo, os tribunais ingleses recusaram homologação a sentenças arbitrais estrangeiras num número muito reduzido de casos.

Um desses poucos casos é o *Soleimany vs. Soleimany*.⁶⁶ Pai e filho dedicavam-se a um negócio de comércio de tapetes adquiridos no Irão e transportados ilegalmente para o exterior para serem comercializados em violação das leis cambiais e fiscais iranianas. O *Court of Appeal* sustentou não poder homologar uma sentença arbitral em que os árbitros tiveram conhecimento da ilegalidade da atividade, mas decidiram não a observar, considerando válida aquela atividade lesiva dos interesses de um estado amigo e que é contrária à ordem pública internacional do Reino Unido, tanto mais que aos contratos respetivos, fruto daquela atividade de contrabando, era

⁶² Ver o caso *Omnium de Traitement et de Valorisation SA vs. Hilmarton, Ltd.* in Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIV (1999), pág. 777 e segs..

⁶³ Ver, idem, no caso *Gater Assets Ltd. vs. NAK Naftogaz Ukrainiy*, vol. XXXIII (2008), pág. 721 e segs..

⁶⁴ Ver May Lu, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 23(1) (2006), pág. 781.

⁶⁵ Ver a decisão judicial proferida no caso *Westacre Investments Inc. vs. Jugoimport – SDPR Holding Co., Ltd.*, in Lloyd's Rep.

⁶⁶ Ver Yearbook on Commercial Arbitration, vol. XXIV (1999), pág. 329 e segs..

aplicável o direito inglês, contratos que eram ilegais desde logo no momento da sua celebração face à lei inglesa.

Não ficou claro neste caso se a decisão do *Court of Appeal* seria a mesma se a lei aplicável ao contato não fosse a lei inglesa, mas sim uma lei estrangeira. A melhor doutrina entende, todavia, ser provável que a solução fosse diferente, tal como resulta do caso já citado *Dalmia Dairy Industries Ltd. Vs. National Bank of Pakistan* (1978) in 2 Lloyds Law Reports, pág. 330 (1978).

i) Requisitos gerais que autorizam a não homologação

Por fim, os fundamentos baseados na ordem pública que claramente podem conduzir à recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira incluem os seguintes:

- sempre que a conceção fundamental da justiça segundo os padrões ingleses não é observada;
- sempre que as conceções inglesas de *morality* (ver nota de rodapé número 58 *supra*) não são observadas;
- sempre que uma transação prejudica os interesses do Reino Unido ou as suas boas relações com estados estrangeiros; e
- sempre que uma lei estrangeira ofende as conceções inglesas da liberdade do homem e da liberdade de ação.⁶⁷

Estados Unidos

A Convenção de Nova Iorque foi implementada pelo Federal Arbitration Act, isto é a lei federal de arbitragem dos EUA.

De um modo geral, pode dizer-se que este país, no âmbito federal, é muito liberal no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, assumindo uma atitude marcadamente favorável à arbitragem de cunho super restritivo.

Os precedentes históricos jurisprudenciais do Supremo Tribunal dos EUA paradigmáticos na matéria são os casos *m/s Bremen vs. Zapata Off Shore Co.*⁶⁸ e *Fritz Scherk vs. Alberto Culver Co.*⁶⁹

No primeiro caso, o Supremo Tribunal julgou válida uma cláusula que escolheu um foro situado fora dos EUA para dirimir qualquer litígio num determinado contrato. Afirmou: *não podemos ter comércio nos mercados mundiais e nas águas internacionais exclusivamente segundo o nosso regime, regido pelas nossas leis e resolvidos os litígios exclusivamente nos nossos tribunais.*

No segundo caso, o Supremo Tribunal reconheceu a eficácia de uma convenção de arbitragem, afirmando simultaneamente que assim procedia a um virar de página de anos e anos de hostilidade da jurisprudência norte-americana à arbitragem.

Este foi, pois, o começo de uma atitude pro-arbitragem que dura há décadas alicerçada, nomeadamente, numa interpretação muito restritiva do conceito e dos limites da ordem pública.

a) Definição de ordem pública internacional norte-americana

Assim, no caso *Parsons & Whittemore Overseas, Inc. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*,⁷⁰ o Supremo Tribunal afirmou, sem reservas, que a Convenção de Nova Iorque devia ser interpretada de forma restritiva, dado que o seu propósito consiste em eliminar as barreiras que, até à sua publicação e entrada em vigor, existiam em cada país ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. A recusa de reconhecimento baseada na ordem pública deve ser

⁶⁷ Ver Cheshire and North, *Private International Law*, 12ª edição, pág. 131 a 133.

⁶⁸ 407 U.S., pág. 1 e segs..

⁶⁹ 417 U.S., pág. 50 e segs..

⁷⁰ Ver 508F. 2d, pág. 969 e segs.

efetuada somente quando a homologação de uma sentença arbitral estrangeira ofender as noções mais básicas de *morality*⁷¹ e justiça.

E, acrescentou, qualquer interpretação da Convenção com o sentido de proteger a aplicação ou o respeito das leis internas norte-americanas não cumpre o disposto na Convenção. O mesmo se deve dizer relativamente a qualquer tentativa de entorpecer o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral baseada nos ditames da política extraterritorial norte-americana.

b) Violação das leis da concorrência e a ordem pública internacional norte-americana

No domínio do direito da concorrência, foi a jurisprudência do Supremo Tribunal dos EUA a primeira a afirmar a arbitrabilidade de questões dessa natureza no famoso caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Solar Chrysler-Plymouth Inc.*⁷²

c) Dúvida sobre a arbitrabilidade

Por sua vez, no caso *Moses H. Cone Memorial Hospital*, o Supremo Tribunal foi claro na afirmação de que em matéria de arbitrabilidade qualquer dúvida na matéria deve ser entendida no sentido de se aceitar que o litígio é arbitrável.⁷³

d) Cumprimento dos compromissos internacionais

No caso *Fritz Scherk Scherk vs. Alberto-Culver Co.*⁷⁴ acentuou o Supremo Tribunal, por sua vez, que a vinculação dos EUA aos compromissos internacionais emergentes da ratificação da Convenção de Nova Iorque implica que os tribunais internos devem assegurar o cumprimento dessa obrigação internacional e, designadamente, garantir a predictabilidade do reconhecimento da execução das decisões arbitrais na arbitragem internacional, mesmo que daí resulte um certo impacto negativo no contexto nacional.

e) Erros de julgamento

Na jurisprudência norte-americana, um erro de facto ou de direito por parte do árbitro não constitui fundamento de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira.⁷⁵

f) Interpretação restritiva da Convenção de Nova Iorque

Por seu turno, o tribunal de recurso do 2nd Circuit também julgou que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira deve ser muito limitado por forma a não impedir que seja alcançado o duplo objetivo da arbitragem internacional de resolver litígios de forma eficiente e de evitar um longo e dispendioso contencioso judicial.⁷⁶

Acrescentou, a recusa do reconhecimento ou da execução só pode ser autorizada nos casos excecionais estabelecidos na Convenção de Nova Iorque.

g) Manifesta inobservância da lei (manifest disregard of the law)

Consequentemente, contrariando alguma doutrina que fez o seu tempo, o Supremo Tribunal julgou que a manifesta inobservância da lei (*manifest disregard of the law*) pelo árbitro não constitui fundamento de recusa,⁷⁷ porque esse fundamento não está previsto na Convenção.

h) Definição de ordem pública internacional norte-americana e casos de uso de documentos falsos, perjúrio e corrupção do árbitro

A violação da ordem pública norte-americana deve revelar-se através de um conflito com as noções básicas de *morality and justice*, de forma *explícita e bem definida*.⁷⁸ Não são relevantes meros precedentes legais ou considerações gerais de direito.

⁷¹ Ver, sobre este conceito, nota de rodapé número 60 *supra*.

⁷² Ver 473 US, pág. 614 e segs.; ou Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XI (1986), pág. 555 e segs..

⁷³ Ver, *idem*, vol. XI (1986), pág. 558.

⁷⁴ Ver, *idem*, vol. XI (1986), pág. 559.

⁷⁵ Ver *Europcar Italia vs. Maiellano Tours*, 2nd. Circuit Court of Appeals, 2 de Setembro de 1998

⁷⁶ Ver www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1052056-n, parágrafo 5, pág. 4.

⁷⁷ Ver o caso *Hall Street Associates LLC vs. Mattel Inc.* em 128 S.Ct. 1396 (2008).

⁷⁸ Ver caso *Esco Co. vs. Bradken Resources Pty. Ltd.*, in www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1152060-n, parágrafo 21, pág. 9.

Simple alegações de fraude cometida no processo arbitral, tais como a utilização de documentos alegadamente falsos ou o perjúrio de testemunhas ou até a corrupção do árbitro, não constituem matéria da competência do tribunal do reconhecimento ou da execução, mas apenas dos tribunais da localização da arbitragem.⁷⁹

i) Violação da legislação sobre sanções decretadas pelo governo norte-americano

A violação de sanções decretadas pelo governo dos EUA também não constituem motivo de recusa, uma vez que se tem entendido que elas pertencem ao domínio da ordem pública interna do país. Os EUA, segundo o compromisso internacional assumido com a adesão à Convenção de Nova Iorque, obrigaram-se a assegurar a previsibilidade do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras mesmo que conflituam com as referidas sanções.⁸⁰

j) O perjúrio e a ordem pública internacional norte-americana

Igualmente, a alegada prestação no processo arbitral de prova testemunhal falsa não constitui motivo de recusa, porque não viola as *mais básicas noções de morality and justice* dos EUA.⁸¹

Também no caso *Europcar Italia vs. Marellano Tours*⁸² ficou decidido que a alegação de que uma convenção de arbitragem ou uma sentença arbitral foram fraudulentamente obtidas é matéria da competência do tribunal arbitral ou do tribunal judicial do estado da arbitragem e não, necessariamente, dos tribunais estaduais dos EUA.

l) Custos excessivos do processo arbitral

A fixação pelo tribunal arbitral de custos arbitrais excessivos também não viola as *mais básicas noções de morality and justice dos EUA*, apesar de, neste país, a regra é a de que cada parte deve suportar os custos da arbitragem.⁸³

m) Juros sancionatórios

Contudo, num caso reportado por May Lu, in *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 23(1) (2006), pág. 782, de forma algo surpreendente, aliás, o US District Court for the Northern District of Georgia recusou-se a reconhecer uma sentence arbitral que, aplicando a lei francesa, fixou uma sobretaxa de 5% de juros de mora, com o fundamento de que se tratava de uma sanção cominatória e não de juros compensatórios. Na verdade, esta decisão é surpreendente porque foi a jurisprudência norte-americana que reconheceu, pela primeira vez, e tem frequentemente reconhecido a legalidade da denominada *punitive damages* (indenização sancionatória), recusada em inúmeros países, designadamente europeus.

Canadá

Este país é também favorável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.⁸⁴

a) Definição de ordem pública internacional canadiana

Numa decisão paradigmática, o Court of Queen's Bench de Alberta definiu ordem pública, afirmando que os tribunais canadianos não reconhecerão ou executarão sentenças arbitrais estrangeiras que se revelem *contrárias aos valores fundamentais do foro* e que são constituídos pelos *interesses essenciais do povo, os seus interesses morais e, ainda, a sua conceção dos valores essenciais de justiça e de morality*.

⁷⁹ Ver, idem, o site *kluwerarbitration* com a referência específica 1152068.

⁸⁰ Ver o caso *Ameropa AG vs. Havi Ocean Co. LLC* em *Kluwerarbitration* com a referência específica 1152061.

⁸¹ Ver caso *Internacional Navigation, Ltd. vs. Waterside, Ocean Navigation Co., Inc.*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XI, (1986), pág. 570.

⁸² Ver sentença do 2nd. Circuit Court of Appeals, de 2 de Setembro de 1998, in 156F.3d315.

⁸³ Ver caso *ESCO Corporation vs. Bradken Resources Pty, Ltd.* In *Kluwerarbitration* com a referência específica 1152060.

⁸⁴ Demonstrando uma das particularidades do Canadá, a província de Quebec considera sujeitos a revisão, não apenas as sentenças arbitrais proferidas fora do Canadá, mas também as proferidas noutras províncias do Canadá.

Acrescentou, que *é difícil dar uma definição precisa de ordem pública; tão-pouco pode ser dada uma definição geral do conceito. A demonstração do que é a ordem pública só pode ser feita no conjunto da lei constitucional e da lei geral, bem como na jurisprudência do foro, enquanto nelas se reflita a conceção nacional fundamental de justiça e do bem estar público.*

b) Irrelevância da incompatibilidade da lei estrangeira com a lei canadiana

É irrelevante se a sentença arbitral estrangeira é ilegal face à lei canadiana ou mesmo face à lei do lugar da arbitragem. Isso é matéria que não é da competência do tribunal canadiano a quem é apenas solicitado o reconhecimento e a execução da sentença.

c) Propósito da Convenção de Nova Iorque

No caso *Automatic Systems, Inc. vs. Braknell Corporation*, o tribunal de recurso da província de Ontário realçou que um dos propósitos fundamentais da Convenção de Nova Iorque consiste em assegurar ao comércio internacional a previsibilidade do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que constitui uma condição necessária do desenvolvimento do comércio internacional.⁸⁵

d) Interpretação restritiva do conceito de ordem pública na Convenção de Nova Iorque

A jurisprudência defensora da interpretação restritiva da Convenção está bem expressa em várias decisões, como é o caso da sentença de 27 de Junho de 2007, do Court of Queen's Bench de Alberta,⁸⁶ no caso *Yugraneft Corporation vc. Rexx Management Corporation*.

A juíza Feldman, referindo-se ao artigo V, número 2, alínea b), da Convenção disse:

... é entendido que o termo "ordem pública" que é usado na Convenção de Nova Iorque de 1958 e em muitos outros tratados inclui os princípios fundamentais substantivos do direito e da justiça e, também, os princípios de ordem processual. Assim, questões como a corrupção ou a fraude e factos graves similares constituem fundamento de recusa de reconhecimento e execução.

Apelos ao conceito de *morality*, como é típico do direito anglo-saxónico, são também recorrentes na jurisprudência dos tribunais do Canadá.

e) Aplicação facultativa da exceção de ordem pública

Por fim, uma nota para salientar que os tribunais canadianos interpretam os fundamentos admissíveis de recusa do reconhecimento e execução como permissivos e não como obrigatórios. Assim, perante uma sentença arbitral que ofende a ordem pública do Canadá, os tribunais canadianos são livres de recusar ou homologar a sentença arbitral estrangeira.⁸⁷

Hong-Kong

Esta região especial da China tem, desde há vários anos, desenvolvido um centro de arbitragem – o HKIAC (Hong-Kong International Arbitration Centre - que tem congregando uma organização e um escol de árbitros de valia, administrando arbitragens naquela região das bacias do Pacífico e do Índico, designadamente na resolução de litígios comerciais envolvendo a República Popular da China em alternativa ao centro de arbitragem mais importante deste país – o CIETAC.

Hong-Kong situa-se na mesma área do SIAC (Singapore International Arbitration Centre) que veremos de seguida.

A legislação arbitral de Hong-Kong é particularmente favorável à arbitragem como são todas pertencentes a países ou instituições que visam constituir-se especialmente como centros internacionais de resolução de litígios pela via da arbitragem e da mediação.

⁸⁵ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIV (2004), pág. 191.

⁸⁶ Ver, idem, vol. XXXIII (2008), pág. 443 e segs..

⁸⁷ Ver Henri Alvarez, *The Implementation of the New York Convention in Canada*, Journal of International Arbitration, vol. 25(6) (2008), pág. 677.

Como não podia deixar de ser, a sua lei arbitral é fortemente inspirada pela legislação na matéria do Reino Unido e de acordo com as boas práticas vigentes na arbitragem internacional.

A conceção da ordem pública vigente na região obedece aos conceitos restritivos da ordem pública internacional e apela aos conceitos de *morality*, *natural justice* e *morality and justice*.

Singapura

Importa salientar, antes de mais, que Singapura se tornou um dos maiores centros mundiais de arbitragem internacional, sobretudo envolvendo empresas asiáticas ou ocidentais *versus* asiáticas, cobrindo tanto a bacia do Pacífico como do Índico.

O SIAC (Singapore International Arbitration Centre) tem a sua sede e atividade no País.

A interpretação que os seus tribunais têm feito da Convenção de Nova Iorque é restritiva, por forma a cumprir os propósitos de favorecimento do comércio internacional.

Assim, o artigo 31 da lei de arbitragem internacional de Singapura estabelece, no seu número (4), alínea b), que um tribunal a quem tenha sido solicitado o reconhecimento pode recusá-lo se a sua execução for contrária à *ordem pública* de Singapura.

O espírito da lei deste país na matéria de reconhecimento e execução é dominado pela ideia de os tribunais locais deverem intervir o menos possível. Várias são as decisões dos seus tribunais que seguem esta linha, melhor dizendo a quase unanimidade dessas decisões têm reconhecido e executado sentenças arbitrais estrangeiras, muito influenciadas pela ideia de tornar Singapura um centro internacional de arbitragem.

Distingue-se, no direito local, entre a *jurisdição primária*, competente para declarar nula uma sentença arbitral proferida no território do País, e a *jurisdição secundária* dos tribunais nacionais, competente por sua vez para reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras. A interpretação do conteúdo e dos limites da ordem pública é mais restritiva na jurisdição secundária do que na primária.

a) Erros de julgamento

No caso *Asuransi Jasa Indonesia vs. Dexia Bank, SA* foi decidido que erros na interpretação e aplicação da lei ou erros em matéria de facto não impedem o reconhecimento e execução. A sentença arbitral nessas condições não deixa de vincular as partes.

b) Definição de ordem pública internacional de Singapura

Só nos casos em que a sentença arbitral *choque as consciências* ou é claramente ofensiva do *bem público segundo a apreciação de um homem médio bem informado* ou quando ofende os fundamentais conceitos de *morality and justice* podem constituir fundamento de recusa.⁸⁸

Na mesma linha, o tribunal de recurso de Singapura julgou, em 2007, que ... *tendo as partes optado pela arbitragem, aceitaram os riscos de terem um limitado recurso aos tribunais estaduais*.

No caso *Government of the Republic of the Philippines vs. Philippine International Air Terminals Co., Inc.*, o Singapore High Court decidiu que não é fundamento de recusa de reconhecimento e execução a alegação de incorreção da sentença arbitral devido a pretensa má decisão em matéria de facto ou de direito. Um pedido de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira não é um recurso sobre o mérito da sentença, dado que esta é matéria de competência do tribunal do lugar da arbitragem e não do tribunal do reconhecimento.⁸⁹

c) Custos excessivos do processo arbitral

⁸⁸ Ver *Deutsche Schachtbau vs. Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987) 2 Lloyd's Report 246, pág. 254.

⁸⁹ Ver *Journal of International Arbitration*, vol. 25(6) (2008), pág. 888.

Também a jurisprudência de Singapura tem entendido que as questões relativas a custos arbitrados no processo arbitral, alegadamente exagerados, não é uma questão de ordem pública. Não há qualquer interesse público nessa matéria.⁹⁰

d) Proteção de litigantes vulneráveis

Mas, no caso *Otech Pakistan Put, Ltd. Vs. Clough Engineering Ltd. & Anor*,⁹¹ entendeu que o significado da *pureza da justiça* no sentido de proteger litigantes vulneráveis deve prevalecer e não autorizar o reconhecimento.

C. A situação em países de grande economia emergente

Destacamos quatro destes países comumente identificados na gíria por BRIC, ou seja, o Brasil, a Federação Russa, a Índia e a China. Quer pela importância da sua economia, quer pela extensão e diversidade geográfica do seu território, têm interpretado, com exceção do Brasil mais recentemente, a ordem pública prevista na Convenção de Nova Iorque de forma tendencialmente protetiva dos interesses de ordem jurídica, económica e social interna, nacional ou meramente regional.

Importa recordar, a propósito, que a Convenção de Nova Iorque concede aos estados membros a faculdade de, sem descurar a sua finalidade, a poderem interpretar e aplicar com uma relativa liberdade.

Começemos, pois pelo primeiro daquele país.

Brasil

Este país lusófono experimentou inicialmente algumas dificuldades na implementação da lei de arbitragem (Lei nº 9307, de 23 de Setembro de 1996), após ter passado por um processo de arguição de inconstitucionalidade.

Contudo, a Convenção de Nova Iorque foi implementada informalmente alguns anos antes da sua ratificação.

O artigo 39 da lei de arbitragem estabelece que o pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira deve ser recusado se o Supremo Tribunal Federal (hoje, a competência é do Tribunal Superior de Justiça) decidir que ela é ofensiva da *ordem pública nacional*.

Comparativamente, em Portugal, segundo os artigos 54º e 61º da LAV, uma sentença arbitral, tendo por objeto uma questão de arbitragem internacional em arbitragem localizada em Portugal, é uma sentença arbitral doméstica, tenha ou não aplicado direito estrangeiro. No Brasil, do mesmo modo, só é estrangeira a sentença que tiver sido proferida fora do Brasil.

a) Definição de ordem pública internacional brasileira

Num caso em que era alegado que uma sentença arbitral estrangeira violava a ordem pública brasileira e a soberania do Brasil, o Tribunal Superior de Justiça recusou esta alegação, afirmando⁹² que o conceito de ordem pública não está escrito na lei. O artigo 17º da Lei Introdutória do Código Civil estabelece que as leis, os atos e as decisões de um outro país, tal como quaisquer declarações de intenção, não produzirão efeitos no Brasil se violarem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Simplesmente, o conceito de ordem pública em direito internacional privado tem sido caracterizado como a representação do espírito e do sentimento da comunidade nacional, em suma, uma filosofia social jurídica e moral da nação. Corporiza um conjunto de direitos privados cuja observância é requerida pelo estado por forma a assegurar um equilíbrio entre o estado e os indivíduos, salvaguardando os interesses essenciais da comunidade.

⁹⁰ Ver o caso VV vs, VW (2008), S.G.H.C. 11 in Journal of International Arbitration, vol. 26(1) 2009, pág. 107.

⁹¹ Ver Journal of International Arbitration, vol. 25(6) (2008), pág. 887.

⁹² Caso *Thales Geo Solutions Inc. vs. Fonseca Almeida Representações e Comércio, Lda.*, decisão judicial de 17 de Agosto de 2005, in Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXII (2007), pág. 272.

b) Interdição da revisão de mérito e definição do âmbito de ordem pública internacional brasileira

O Tribunal Superior de Justiça entende que as normas do Código Civil (referia-se a decisão ao anterior CC de 1916) não integram o conteúdo da ordem pública brasileira, seguindo, como é aliás a regra na jurisprudência do Brasil, uma posição restritiva no conceito de ordem pública.

Esta posição está bem ilustrada na decisão do Tribunal Superior de Justiça de 17 de Maio de 2006, que afirmou que o controlo judicial de uma sentença arbitral estrangeira está limitado aos seus aspetos formais, não sendo permitida a sua revisão de mérito. Os casos de oposição ao pedido de reconhecimento estão limitados ao que os artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96 estabelece (preceitos que correspondem ao artigo V, números 1 e 2 da Convenção de Nova Iorque, esclareça-se).

Com maior profundidade, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, de 7 de Abril de 1995, julgou que o controlo pelos tribunais brasileiros de uma sentença arbitral estrangeira, no domínio da apreciação do mérito, está limitado a questões relativas à *soberania nacional, ordem pública* e à *moral*, mas não à questão de mérito global para além destes apertados limites.

c) Competência dos tribunais brasileiros do reconhecimento e execução

Também o Tribunal Superior de Justiça, no caso *Atecs Mannesmann GmbH vs. Redrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais*,⁹³ julgou que questões como a alegação da violação do princípio do enriquecimento injusto ou sem causa, que teria alegadamente sido cometida pela sentença arbitral estrangeira, não são questões da competência do tribunal a quem é solicitado o reconhecimento. Este apenas conhece de questões formais. Questões relativas a injustiça ou irregularidades praticadas no procedimento arbitral não é da competência dos tribunais brasileiros, com a única exceção daqueles casos em que estes podem intervir no reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral estrangeira.

d) Não reconhecimento por ausência da convenção de arbitragem

Porém, no caso *Plexus Cotton Limited vs. Santana Têxtil Ltda.*, o Tribunal Superior de Justiça, através de decisão de 17 de Dezembro de 2008,⁹⁴ recusou a homologação de uma sentença arbitral proferida no Reino Unido com fundamento no facto de a parte brasileira não ter assinado, num contrato de adesão, o texto escrito onde constava a cláusula arbitral.

Em resumo, aquele alto tribunal entendeu, e bem, o que é óbvio, ou seja, sem convenção de arbitragem não pode haver arbitragem.

Federação Russa

A jurisprudência deste país em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras reflete um misto de inexperiência na matéria, atavismo e supervalorização do interesse nacional sobre os interesses do comércio internacional e em sentido contrário à previsibilidade existente no exterior da Federação Russa do que se espera dos tribunais de um estado membro da Convenção de Nova Iorque.

Todavia, existem já algumas decisões dos tribunais russos que tendem a afirmar os princípios e os propósitos da Convenção no sentido restritivo da aplicação da exceção de ordem pública, denotando, sobretudo nos tribunais de Moscovo relativamente aos de outras regiões da Federação, um entendimento pro-arbitragem.⁹⁵

Transcrevendo o comentário sobre a matéria do Dr. Anton G. Maurer, na ob. cit., pág. 229 e 230 (tradução livre):

O argumento da ofensa da ordem pública russa tem servido como fundamento para os tribunais russos recusarem o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Globalmente, o quadro que emerge caracteriza-se por um misto de decisões na matéria; não há uma aplicação uniforme da exceção de ordem pública. Por um lado, um bom número de

⁹³ In Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXV (2010), pág. 330 e segs..

⁹⁴ Ver, idem, vol. XXXIV(2009), pág. 424 e segs..

⁹⁵ Ver, para mais desenvolvimentos, Journal of International Arbitration, vol. 27(3) (2010), pág. 229.

decisões credíveis denota uma interpretação restritiva da exceção de ordem pública; por outro lado, os tribunais Arbitrazh ⁹⁶por vezes seguem uma jurisprudência que transparece ser protecionista e anti-arbitragem, especialmente quando estão em questão sentenças envolvendo elevadas quantias. Examinando algumas decisões tomadas, é justo dizer que o Arbitrazh de Moscovo parece aplicar de forma mais restritiva a exceção de ordem pública do que tribunais de outras regiões da Rússia, embora com exceções.

A jurisprudência sobre a matéria tem-se desenvolvido lentamente na Rússia ...

E prossegue:

Evidentemente que levará tempo até que a prática estabilize ... e a execução na Rússia de uma sentença arbitral estrangeira se torne um procedimento previsível. Contudo, existe ainda uma tendência entre certos juízes para afirmar a primazia da ordem judiciária nacional sobre a ordem internacional da arbitragem comercial.

Alguns tribunais entendem que o não cumprimento por uma sentença arbitral estrangeira das disposições imperativas da lei russa constitui uma violação da ordem pública russa. Por isso, alguns juristas recomendam a limitação dos riscos de invocação da exceção de ordem pública mediante a adoção da lei russa como lei reguladora do contrato.

De facto, aparentemente, a invocação da exceção da ordem pública apenas procede se for aplicável uma lei estrangeira ao contrato. ⁹⁷ Outros tribunais têm entendido que o conceito de ordem pública russa é demasiado vago. Geralmente, não há distinção entre uma sentença arbitral errada e uma que viola a ordem pública; esta confusão deixa um campo vasto à aplicação da exceção de ordem pública.

Índia

A Índia é outro país de economia emergente em que a exceção de ordem pública não tem sido sempre aplicada de modo restritivo, apesar de o país ser membro da Convenção de Nova Iorque desde o seu início e, aliás, ter participado ativamente nos trabalhos de preparação do seu texto.

Tal como sublinha o mesmo autor, loc. cit., pág. 301, o exame do desenvolvimento das decisões do Supremo Tribunal da Índia demonstra, infelizmente, um convite às partes requeridas num processo de homologação para desenvolverem ações que representam uma perda de tempo no processo de reconhecimento e execução devido à permissividade da especulação e ao atraso dos procedimentos.

Pondo de parte os propósitos da Convenção de Nova Iorque e os do Parlamento da Índia e da própria lei de arbitragem de 1996 deste país, o Supremo Tribunal tem interpretado e aplicado de um modo demasiado liberal o conceito de ordem pública, apesar de proclamações feitas no sentido de seguir a posição política tomada por aquele Parlamento de proteção do comércio internacional mediante uma interpretação restritiva da ordem pública nacional.

Assim, por exemplo no caso *Saw Pipes, Bhatia International*, apesar dos propósitos dos textos relevantes aplicáveis, isto é a Convenção de Nova Iorque e a lei de arbitragem do país, levaram o Supremo Tribunal, através da introdução de sua autoria de fundamentos de oposição ao reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira que os colocou dentro da noção de ordem pública, a tomar uma claríssima e abusiva posição retrógrada sobre a arbitragem na Índia.

Assim, pode dizer-se que todos os altos tribunais do país têm arrogado para si o direito, por uma pretensa *competência inerente* ou *residual discricção*, de interpretar a ordem pública segundo as necessidades da comunidade indiana, comprometendo a aplicação da Convenção de Nova Iorque em conformidade com o direito internacional público.

Ainda está, assim, para evoluir decisivamente na Índia o tema do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, embora se tenham verificado muito recentemente poucos casos de maior consonância com os padrões ocidentais. No entanto, a lentidão endémica dos tribunais indianos (entre 10 a 15 anos, em média) para obter decisão sobre o reconhecimento

⁹⁶ Ou seja, os tribunais russos com competência em questões arbitrais.

⁹⁷ Ver Oxana Peters e Bernd Schumann, in *Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WIRO)*208, pág. 332.

de uma sentença arbitral estrangeira ou para decidir uma ação sobre a validade de uma sentença arbitral doméstica comprometem a eficiência do sistema judicial do país na matéria.

China

Este é outro país em que não tem sido fácil a compreensão pelos tribunais chineses de hierarquia intermédia do significado e propósito da arbitragem internacional e da Convenção de Nova Iorque. Vários são, por isso, os tribunais no país em que o presumível interesse da ordem interna tende a sobrepor-se à ordem internacional, apesar de igualmente o país ser membro da Convenção de Nova Iorque desde 1987.

No entanto, um louvável esforço de não permitir que a China seja colocada fora da órbita do comércio internacional em que o país teria seguramente muito a perder, as decisões judiciais que recusem o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira devem obrigatória e oficiosamente ser revistas pelo Supremo Tribunal do Povo.

Assim, para além deste alto tribunal emitir orientações vinculativas genéricas na matéria dirigidas aos tribunais inferiores e, igualmente de forma centralizada, outras orientações sobre como deve ser interpretada a Convenção de Nova Iorque, o Supremo Tribunal do Povo tem ultimamente tendido a assumir uma posição pro-arbitragem apesar de o país não deixar de constitucionalmente se afirmar como uma ditadura que governa em nome de uma aliança entre trabalhadores e camponeses.

Assim, em 83 casos analisados recentemente por Clarisse von Wunscheim, a defesa por exceção da ordem pública foi alegada por 16 vezes, tendo apenas em dois casos obtido sucesso. Segundo o Supremo Tribunal do Povo, a exceção de ordem pública não obteve qualquer êxito entre 2000 e 2007.

Tirante a exceção de ordem pública, a defesa com base nos outros fundamentos previstos na Convenção de Nova Iorque tem obtido sucesso, no conjunto dos 83 casos analisados, em 52 por cento dos casos contra 43 por cento em que o reconhecimento e a execução foi totalmente concedida, com 8 casos em que o reconhecimento foi apenas parcialmente concedido.

Contudo, o reconhecimento e a execução parece difícil quando se trate de sentenças arbitrais estrangeiras contrárias ao interesse de empresas pertencentes ou controladas pelo estado chinês.

Em geral, para além deste caso, o Supremo Tribunal do Povo tem-se mostrado relutante em recusar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, só o fazendo *nos casos patentes de violação da soberania e da segurança do estado e dos valores morais essenciais da decência*.⁹⁸

Os tribunais inferiores não têm, porém, assumido uma atitude idêntica, restando por isso a revisão obrigatória pelo Supremo Tribunal das decisões de recusa.

D. Outros países

Austrália e Nova Zelândia

Fazem ambos parte do sistema jurídico anglo-saxónico, utilizando por isso o conceito de ordem pública internacional baseado em *good morals* ou *morality* e *natural justice*, para além de seguirem de perto o precedente jurisprudencial e o *case law* de Inglaterra.

Na fase difícil da clarificação do conceito de ordem pública internacional, há alguns anos atrás, houve manifestações de alguma incerteza que conduziram, em Queensland, à recusa do reconhecimento e execução de algumas sentenças arbitrais estrangeiras, mas que foram em parte superadas ultimamente com o auxílio de especialistas em arbitragem nomeados para assistir os juízes a decidir, aliás de modo semelhante ao método utilizado pela Cour d'appel de Paris, por exemplo.

São muito raros, hoje, os casos de recusa.

⁹⁸ Ver Journal of International Arbitration, vol. 24(6) (2007), pág. 646.

Países asiáticos

Na Indonésia e no Vietname, a título de exemplo, do mesmo modo que na Índia, o principal obstáculo é a lentidão do processamento de homologação que pode demorar 10 anos ou mais. Parece que a lentidão do procedimento é usado para desencorajar ou recusar na prática a execução nestes países de sentenças arbitrais estrangeiras.

A predictabilidade do reconhecimento e da execução também não está assegurada, não sendo raros os casos em que o direito positivo interno desses países seja invocado para fundamentar recusas.

A exceção é a Malásia. A existência de um centro de arbitragem bem estruturado – o KLRCA (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration) – e uma comunidade arbitral reduzida mas esclarecida tem contribuído para colocar o país em matéria arbitral, incluindo no campo do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, em conformidade com a prática arbitral comum nos países do bloco ocidental.

Médio Oriente

Não é igualmente previsível o reconhecimento e execução na maioria dos países dessa zona, ocorrendo mesmo alguns casos de cunho paroquial fruto da conceção reinante do poder autoritário local. No Qatar, por exemplo, tem sido recusado o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como têm sido anuladas sentenças arbitrais proferidas em arbitragem doméstica, pelo facto de os árbitros não terem declarado na sentença que decidiam o litígio em nome de sua alteza o emir do país!...

Mesmo no Dubai, que tem tentado afirmar a importância do seu centro internacional de arbitragem – o DIAC (Dubai International Arbitration Centre) – em cooperação técnica com o Tribunal Permanente de Arbitragem, da Haia, pode padecer, ocasionalmente, o trabalho desenvolvido no domínio da arbitragem internacional, de certos constrangimentos próprios dos países da órbita árabe, tais como a lei da Sharia e outros.

Não é assim completamente previsível o reconhecimento e execução em países do Médio Oriente de sentenças arbitrais estrangeiras e, bem assim, no campo da validade de sentenças arbitrais domésticas ou internacionais proferidas no país.

América do Sul

Para além do Brasil, já tratado anteriormente de modo separado, ultrapassada que foi a corrente hostil à arbitragem, por parte dos tribunais estaduais dos países do sub-contidente latino-americano, tem-se desenvolvido ultimamente uma prática arbitral de primeira linha, quer no acolhimento e boa prática da arbitragem interna, quer no domínio do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de acordo com os padrões comuns dos países europeus e norte-americanos.

Todavia, tornaram-se incertos em matéria de arbitragem países como a Venezuela, o Equador (que denunciou a Convenção de Nova Iorque) e até mesmo a Colômbia.

Não é também seguro que na Argentina se espere total predictabilidade no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras devido à situação económica que o país tem vivido nas últimas décadas.

África

Dos cinquenta e quatro estados africanos, dez adotaram ou seguiram de perto a Lei-Modelo da UNCITRAL, incluindo o Egito, Quênia, Maurícia, Nigéria, Tunísia, Uganda, Zâmbia e Zimbabué. Angola e Moçambique também não seguiram, até ao presente, nas suas leis arbitrais aquela Lei-Modelo, embora Moçambique se tenha inspirado em algumas disposições daquela lei.

A Convenção de Nova Iorque foi assinada e ratificada por trinta e oito dos cinquenta e quatro estados africanos.

Todavia, é claro que assinar e ratificar esta convenção não significa que ela seja interpretada e aplicada do mesmo modo como é feito nos países que mais se dedicam à arbitragem. Para além da lentidão no processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras não está assegurado que a sua homologação na maioria dos estados africanos seja previsível.

Algumas surpresas e a possibilidade da utilização da ordem pública interpretada de modo lato onde caibam interesses económicos nacionais comuns podem impedir o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

A existência de BITs (Bilateral Investment Treaties ou, em português, Acordos Bilaterais de Proteção de Investimentos) podem constituir instrumentos mais eficazes que assegurem o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Igualmente, a escolha da localização da arbitragem em países não africanos mas que tenham firmado com o país ou os países africanos que interessa considerar para a finalidade do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral originária do país da localização de arbitragem pode constituir outra via com alguma eficácia.

Uma terceira via consiste, relativamente aos países africanos que não são membros da Convenção de Nova Iorque, como é o caso de Angola, em localizar a arbitragem no país no qual potencialmente se pretende ou pode vir a ser necessário executar uma sentença arbitral, designando-se árbitros não nacionais desse estado, muito particularmente o terceiro-árbitro. Se a lei de arbitragem local e o apoio dos tribunais estaduais à arbitragem for boa, a questão da equidade da sentença arbitral pode estar assegurada.

A África do Sul não é parte da Convenção de Nova Iorque. Todavia, de um modo geral, os tribunais locais aplicam um conceito restritivo da ordem pública no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais baseadas na legislação arbitral nacional ou em BITs. Porém, o reconhecimento e execução de sentenças (judiciais ou arbitrais) contra empresas do setor extrativo e outros sectores estratégicos carecem da autorização prévia das autoridades ministeriais da indústria para poderem ser processados nos tribunais competentes sul-africanos os pedidos de reconhecimento e execução.

A Maurícia tem desenvolvido um centro internacional de arbitragem de assinalável mérito – o MIAC (Mauritian International Arbitration Centre) -, apoiado pelo LCIA (London Court of International Arbitration) e pelo Tribunal Permanente de Arbitragem, localizado na Haia.

As leis locais são particularmente favoráveis à arbitragem e o país e o seu centro de arbitragem estão particularmente bem posicionados para a resolução de litígios, pela via arbitral, envolvendo empresas africanas.

Outros países africanos de assinalável atividade na arbitragem internacional incluem o Egito e a Nigéria.

9. As Normas de Aplicação Imediata (*Lois de Police*) e a Ordem Pública

Neste capítulo, trataremos da questão de saber se estas normas integram necessariamente ou não a ordem pública internacional do Estado português. Sem dúvida que isso sucede com a ordem pública interna, dado o seu carácter imperativo e auto-limitador da aplicação das normas de conflitos nacionais.

Todavia, a questão fica em aberto quanto à ordem pública internacional portuguesa.

Posta a questão noutros termos: todas as sentenças arbitrais estrangeiras que conflituem com uma lei interna portuguesa que contenha normas daquela natureza devem ou não ser recusadas em Portugal?

Na nossa opinião, as *lois de police* não fazem necessariamente parte da ordem pública internacional portuguesa, pois nem todas corporizam ou defendem valores ou princípios essenciais de ordem económica, social ou moral da comunidade portuguesa. Praticamente todas elas só se afiguram como normas de aplicação imediata por opção de uma determinada política legislativa que não seria assim se o legislador tivesse assumido outra política. A ordem pública internacional de um estado não se encontra necessariamente ao sabor de opções legislativas.

Um exemplo: será que a proteção do agente comercial nos termos do Dec. Lei nº 178/86, de 3 de Julho, posteriormente alterado, relativamente às condições que autorizam a cessação do

contrato, e regulam os seus efeitos, entre um agente comercial e o seu representado constitui matéria de ordem pública internacional do Estado português? Obviamente que não. Trata-se apenas de política legislativa na matéria, de certo louvável, mas não mais do que isso.

Sem dúvida que poderão, em teoria, existir normas daquela natureza que devam integrar a ordem pública internacional, mas isso deve corresponder à proteção ou regulação pela via do direito positivo de princípios e valores essenciais da comunidade nacional e não pelo simples facto de a norma se sobrepor à aplicação de uma lei estrangeira contrária.

10. A Arbitrabilidade e a Ordem Pública

Não se confundem estas noções, nem as questões relativas à não arbitrabilidade devem necessariamente ser assimiladas ao conteúdo de ordem pública.

Tal como sucede com as normas de aplicação imediata acabadas de analisar, também a arbitrabilidade ou a não arbitrabilidade de um litígio corresponde ou, melhor dito, resulta essencialmente de uma opção do legislador. Ao invés, a qualificação da questão de ordem pública internacional tem a ver com valores ou interesses essenciais de uma comunidade que não estão globalmente definidos, como tal, no direito positivo e que só se alcançam por uma avaliação da aplicação do critério que a qualifica como tal a uma questão concreta.

Assim, o legislador, no artigo 1º, números 1. e 2., da LAV, fixa o critério da distinção entre litígio arbitrável e não arbitrável. Trata-se de pura opção jurisdicional, embora correta face ao estágio atual da evolução da arbitragem: os tribunais do estado têm competência global para o julgamento de qualquer questão da sua competência legal, salvo se, nas matérias em que o legislador entende que também os tribunais arbitrais podem exercer jurisdição as partes tenham, mediante uma convenção de arbitragem, acordado cometer à arbitragem a dirimção de certos litígios.

A definição das matérias em que isso é legalmente admitido está genericamente contida naqueles preceitos do artigo 1º da LAV.

Claro que uma questão concreta não arbitrável pode também, concomitantemente, integrar a ordem pública internacional portuguesa. Simplesmente, isso sucederá apenas mediante a aplicação do critério da qualificação de ordem pública internacional a uma determinada questão e não pelo critério do que não é, *tout court*, arbitrável.

Aliás, a análise do que deve ser arbitrável ou não antecede a avaliação da integração ou não da questão no conteúdo de ordem pública internacional.

Assim, só as questões arbitráveis podem ser avaliadas como atinentes ou não à ordem pública internacional do Estado português. Se não forem arbitráveis, a avaliação da questão face à ordem pública não chega a colocar-se por disposição imperativa da lei, quer se trate de verificação da validade da sentença arbitral proferida no âmbito da arbitragem interna (artigo 46º, número 3., alínea b), subalínea i), da LAV), quer se trate de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea i) da LAV e artigo V, número 2., alínea a) da Convenção de Nova Iorque).

11. Conteúdo da Ordem Pública Internacional do Estado Português

Portugal está vinculado a executar a Convenção de Nova Iorque desde a data da sua ratificação.

É certo que, como já assinalámos anteriormente, a Convenção de Nova Iorque não obriga a uma interpretação uniforme dos seus preceitos. A sua mais lata interpretação (interpretação ampla ou liberal) ou menos lata (interpretação restritiva ou super restritiva) ficam a cargo dos tribunais dos estados membros, mas nunca sem esquecer e deixar de cumprir a finalidade essencial da Convenção: a assunção por todos os membros de uma posição em favor da arbitragem internacional, quer mediante o reconhecimento das convenções de arbitragem quer, conseqüentemente, o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras que são qualificadas como tal nos termos da Convenção. Este desiderato é de observação obrigatória.

Deste modo, o sentido da interpretação e aplicação em Portugal ou em qualquer outro estado membro da Convenção de Nova Iorque não pode deixar de observar este propósito, o que, tal como resulta da análise da jurisprudência nos mais importantes países cultores da arbitragem e alguns deles situados geográfica e culturalmente na mesma região de Portugal, não deve deixar de ser uma interpretação restritiva da exceção de ordem pública e uma posição global em favor da arbitragem por imperativos de direito internacional público que vinculam os estados membros.

Assim, a LAV, e bem, indica claramente que a exceção de ordem pública relevante à luz da qual deve ser interpretada e aplicada, quer a LAV (artigo 56º, número 1, alínea b), subalínea ii), quer o artigo V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque), é a *ordem pública internacional do Estado português*.

E, como já vimos anteriormente, no capítulo 2., *supra*, a ordem pública internacional, se bem que não tenha, e dificilmente poderia ter, um sentido preciso, é muito mais restrita do que a ordem pública interna que é claramente inapropriada em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

E mais, nesta matéria, a interpretação e aplicação da ordem pública internacional do Estado português só pode constituir fundamento de recusa do reconhecimento e execução quando o resultado destes atos sejam *manifestamente* incompatíveis com a ordem pública internacional portuguesa.

Assim, muito embora esta tenha o mesmo conteúdo, quer em sede do reconhecimento e execução, quer em sede de anulação de sentenças arbitrais domésticas (artigo 46º, número 3., alínea b), subalínea ii) LAV), o certo é que no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras o intérprete deve ser, na dúvida, claramente mais restritivo. Igualmente, o intérprete, observando o texto da Convenção, pode (*may* na versão inglesa da Convenção e não *must*), homologar uma sentença estrangeira mesmo quando ela, ou seja, o seu conteúdo, conflitar com a ordem pública internacional portuguesa se o resultado da sua homologação não ofender aquela ordem pública internacional do Estado português.

Esta conclusão permite, assim, inferir, que a exemplo do que sucede em grande parte dos países que mais se dedicam a arbitragem, o tribunal português do reconhecimento e execução tem contrariamente a faculdade, não a obrigação, nas condições referidas, de recusar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral estrangeira segundo o grau da sensibilidade que tiver às questões da sua ordem pública internacional.

A jurisprudência nacional em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras é escassa como escasso tem sido, ao longo dos anos, o movimento de pedidos de homologação em Portugal de sentenças arbitrais estrangeiras.

O maior número de acórdãos conhecidos não se refere a arbitragem, mas a questões de natureza cível em geral, tema em que os pressupostos e a finalidade da Convenção de Nova Iorque a que Portugal está vinculado não se aplicam. Vejamos as matérias principais em que a jurisprudência portuguesa tem tomado posição em temas de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

a) Falta ou insuficiente fundamentação da sentença arbitral estrangeira

Sobre a falta ou a insuficiente fundamentação de uma sentença arbitral estrangeira como causa de recusa da homologação, a jurisprudência portuguesa tem balançado, desde o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Maio de 1999 que exigiu, como condição de concessão do *exequatur*, a fundamentação sobre a matéria de facto, até ao acórdão da Relação de Évora de 30 de Outubro de 1986 e o acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 1990, que requereram apenas que a sentença arbitral deve dar apenas uma ideia geral de fundamentação. Igualmente, tem interesse ver o acórdão da Relação de Coimbra de 8 de Abril de 1980 e o acórdão do STJ de 20 de Junho de 2000, nos termos dos quais a avaliação de uma sentença arbitral estrangeira deve ser feita em face do seu sentido e não dos seus fundamentos.

Em nossa opinião, deve a propósito ser tido em atenção o facto de muitas serem as leis arbitrais (v.g. a alemã) que não exigem a fundamentação de uma sentença arbitral para que a

sentença seja válida. Assim, pergunta-se, como poderia uma sentença proveniente da Alemanha e proferida segundo a lei deste país, ofender a ordem pública internacional portuguesa pelo facto de se encontrar desprovida de fundamentação? Não vemos como se pode concluir deste modo. O tribunal português não tem competência para apreciar sequer o bem ou mal fundado da sentença arbitral, pois isso poderia violar o princípio da interdição do conhecimento do mérito da sentença arbitral que é afirmado pela LAV (artigo 46º número 9, por analogia e, bem assim, o âmbito limitado da função jurisdicional dos tribunais portugueses no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras restrita apenas a essas duas finalidades de reconhecimento e execução e nada mais).

Assim, mesmo que a *lex arbitri* requeira a fundamentação e ela não tiver sido feita pelo tribunal arbitral teria competido às partes arguir a nulidade nos tribunais da *lex arbitri*. Nada pode na matéria fazer o tribunal português do reconhecimento e, só por isso, não pode recusar o seu reconhecimento e execução.

Evidentemente, que deve ter elementos suficientes para avaliar se a ordem pública internacional portuguesa é ofendida ou não. Mas, a recusa pura e simples, sem estar o tribunal seguro daquele facto, não pode, a nosso ver sequer na dúvida, recusar o reconhecimento, pois isso contraria o propósito de protecção do comércio internacional da Convenção de Nova Iorque.

Esta conclusão é hoje sufragada com a letra e o espírito do artigo 56º, número 1., alínea b), da LAV, ao afirmar que o que pode impedir o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira é o *resultado* que estes atos podem produzir na ordem pública portuguesa e não, concreta e definitivamente, se, formalmente, a sentença arbitral estrangeira contém ou não fundamentação ou fundamentação suficiente.

Na verdade, estamos no domínio dos direitos privados e no da protecção da fluidez do comércio internacional, em que seguramente os interesses ou valores essenciais ou fundamentais da ordem portuguesa dificilmente e de forma manifesta poderiam à partida estar em causa.

b) Outros arestos jurisprudenciais sufragando o reconhecimento e a execução

São de salientar ainda na jurisprudência portuguesa os acórdãos do STJ de 9 de Outubro de 2003 (a ordem pública relevante é a internacional em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras); de 2 de Fevereiro de 2006 (a exigência de carta registada com aviso de receção na citação para o processo arbitral e o uso da língua oficial do citando não integram a ordem pública internacional portuguesa e de 10 de Julho de 2008; os acórdãos da Relação de Lisboa de 29 de Novembro de 2007 e de 12 de Julho de 2012 (não viola a ordem pública internacional portuguesa a condenação do demandado numa cláusula penal).

Para maior desenvolvimentos na matéria, ver o nosso Manual de Arbitragem, 2ª edição, Almedina, 2013, sobretudo págs. 460 e segs..

12. A Vinculação do Estado Português ao Cumprimento da Convenção de Nova Iorque de 1958

Como se viu ao longo deste artigo, os tribunais portugueses competentes não têm discricionariedade na matéria relativamente à execução dos preceitos da Convenção de Nova Iorque. Pelo contrário, corresponde a um imperativo da comunidade internacional cumpri-la.

E mais, atendendo à subsidiariedade da Convenção em conformidade com o disposto no seu artigo VII esta apenas pode deixar de ser aplicada se outros tratados ou leis internas de cada estado forem mais favoráveis ao reconhecimento de convenções de arbitragem e de sentenças arbitrais estrangeiras do que o regime estabelecido pela própria Convenção e o requerente tiver alegado esse facto em seu benefício.

A integração de Portugal no grande bloco da União Europeia e a sua tradição histórica e civilizacional entre os estados do continente europeu de raiz civilística impõe-lhe uma atitude de respeito por aqueles instrumentos imprescindíveis ao comércio internacional.

13. A Questão do Reconhecimento Integral ou Apenas Parcial de uma Sentença Arbitral Estrangeira

Tanto a Convenção de Nova Iorque, como a LAV, contemplam esta matéria.

Efetivamente, o artigo V, número 1., alínea c), segunda parte, da Convenção e o artigo 56º, número 1., alínea a), subalínea iii, segunda parte, permitem essa solução.

No entanto, é necessário ter em conta que o requisito da sua admissibilidade não depende apenas da possibilidade de dissociação ou destacamento das matérias submetidas a arbitragem das que o não são em abstrato ou das que o não foram em concreto no texto da sentença arbitral.

Assim, apenas é admissível a solução, desde que o vício que afeta a sentença arbitral não afete globalmente todo o processo. Afetarão a totalidade da sentença os vícios que fundamentam a recusa previstos no artigo V, número 1, alíneas a), b), d) e e) da Convenção ou o artigo 56º, número 1., alínea a), subalíneas i), ii), iv) e v) da LAV.

Porém, as matérias previstas no artigo V, número 2., alíneas a) e b) da Convenção e artigo 56º, número 2., alínea b), subalíneas i) e ii), da LAV permitem a dissociação ou destacamento das matérias arbitráveis ou não afetadas pela execução de ordem pública daquelas em que isso acontece. Nesse caso particular, o reconhecimento ou execução parcial são permitidos.

14. Conclusões

Resumindo e concluindo sobre o que foi dito de particularmente relevante ao longo deste trabalho:

1. O conceito de ordem pública não está definido na lei, nem em convenções internacionais. Resulta mais da avaliação que seja feita aos princípios e ao conteúdo fundamentais em que se baseia a ordem jurídica, económica, social e ética de uma determinada comunidade nacional do que da existência de uma norma escrita ou mesmo costumeira.

Assim, a avaliação deve centrar-se mais na *sensibilidade axiológica* do que numa constatação positiva e evidente. Tratando-se de um conceito abstrato, apenas pela via da sensibilidade valorativa é possível chegar a uma conclusão fundamentada do conteúdo da ordem pública internacional de uma determinada comunidade nacional.

Deixámos caracterizado no início deste trabalho as modalidades de ordem pública, interessando-nos aqui apenas a que releva no campo do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras que é o objeto principal deste estudo, isto é, a ordem pública internacional de um determinado estado.

2. Dado o exposto, importa assim e desde logo realçar que a matéria relativa ao reconhecimento e execução de uma sentença arbitral interessa ao mundo do Direito. Uma sentença de um órgão jurisdicional constitui uma fonte produtora de efeitos jurídicos. Por isso, são valores que importam ao Direito os relativos ao conteúdo e aos princípios da ordem pública. O que sucede, porém, é que nem todos esses valores são necessariamente regulados pelo Direito ou formam parte do conteúdo de normas jurídicas.

A sensibilidade da comunidade nacional, caracterizada fortemente pela cultura monogâmica judaico-cristã, requer porventura que a bigamia careça de uma norma jurídica que a proíba? Pensamos que não. Todavia, a existir uma norma que assim estabelecesse, e é o caso em certos países, ela não deixa de integrar, também ela, o que já era uma forte evidência na comunidade de grande parte dos países do mundo.

Os conceitos da Ética, da Moral ou mesmo da Religião que também podem integrar a ordem pública internacional de um determinado estado ou, ao menos, fortemente influenciar parte dos seus valores carecem também de uma norma jurídica para lhe dar conteúdo jurídico? De novo, pensamos que não.

3. Interessando a ordem pública ao Direito, começemos por analisar elementos deste para os confrontar com o conceito daquela.

É particularmente seguida, se bem que hoje em dia ainda com alguma resistência, a tese da interpretação do conceito e limites da *ordem pública* consagrada no artigo V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque no sentido da exclusão dos *princípios gerais de direito* do conceito de ordem pública internacional.

Na verdade, para alguns, com razão, os princípios gerais de direito não são universalmente entendidos da mesma forma em todos os lugares do Mundo ou, pura e simplesmente, não são reconhecidos como tal. Embora, de modo muito dilatado, geográfica e culturalmente, possa verificar-se a sua aceitação, não é seguro que, por exemplo, o princípio da proibição do enriquecimento injusto ou sem causa seja entendido por toda a parte e por todos os povos e culturas exatamente do mesmo modo.

Isto posto, pergunta-se, porém, se, ainda assim, os estados que seguem esse princípio e muitos outros há (o princípio *pacta sunt servanda*, etc., etc.) têm a legitimidade para o impor a outras ordens jurídico-culturais diversas, recusando uma sentença estrangeira que conflitua com esses princípios?

A resposta deve buscar-se, no que à Convenção de Nova Iorque – o mais importante instrumento mundial na matéria – diz respeito, quer nos seus trabalhos preparatórios, quer no modo como ela tem sido entendida e aplicada. O que se disse neste trabalho, sobretudo no capítulo número 8, leva-nos a concluir que interessa mais reter e entender o significado do conceito de *princípios essenciais ou básicos ou fundamentais* da ordem pública internacional de um determinado estado do que os seus *princípios gerais de direito*.

Claro que estes poderão ou não integrar aqueles, mas dificilmente resistem ao argumento, verdadeiro aliás, de que não só não compete aos tribunais do reconhecimento ou execução julgar ou apreciar de novo o que os árbitros já apreciaram em assuntos que são tanto da sua competência como da dos tribunais estaduais da localização da arbitragem, como ainda que compete às partes ou, na sua falta, aos árbitros definir a lei aplicável ao litígio e não aos tribunais nacionais da homologação.

4. Esta asserção aplica-se tanto aos princípios gerais de direito de determinada ordem jurídica nacional como à lei positiva, por maioria de razão, desse estado ou estados interessados numa determinada arbitragem.

Por outras palavras, é natural que as várias leis suscetíveis de serem chamadas a resolver um litígio sejam diferentes ou, ao menos, não inteiramente coincidentes com a lei de um outro estado a cujos tribunais seja solicitada a homologação de uma sentença arbitral estrangeira.

Não é, nem pode ser da ordem pública internacional de um estado o monopólio da aplicação da sua lei, impedindo que outras leis, em questões de direito privado, com toda a legitimidade para a sua aplicação, sejam iníquas quando confrontadas com aquela primeira.

Isto leva mesmo à conclusão, patente, aliás, na redação do artigo V, número 2 (corpo) da Convenção, ao utilizar o verbo *poderão*⁹⁹ e não *deverão*, que mesmo que se demonstre a existência de qualquer dos fundamentos de recusa de uma sentença arbitral estrangeira, quer os previstos no número 2., quer no número 1. do artigo V, o tribunal nacional de um estado membro pode, ainda assim e segundo a sua discricção, homologar uma sentença arbitral.

5. E isto é assim por várias razões, de entre as quais salientamos: em primeiro lugar, o objeto das sentenças sujeitas a homologação respeita a *questões de direito privado*, assumindo natureza comercial que, de certo, pouco impacto terão na idiossincrasia jurídica, económica, social e ética da comunidade nacional onde se pretende obter o seu reconhecimento e execução, quando legitimamente foi outro o direito aplicado ao fundo da causa ou aos procedimentos; em segundo lugar, *a preservação do propósito de facilitação, até ao ponto mais longe possível, do comércio internacional e, conseqüentemente, a previsibilidade*, internacionalmente consagrada num instrumento internacional da iniciativa da ONU, *do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais na matéria*¹⁰⁰ noutros estados diferentes daquele onde foi proferida a sentença ou onde se localizou o tribunal arbitral.

6. Neste contexto, mesmo os casos de *fraude* cometida na sentença ou no processo (perjúrio, corrupção, etc.) têm sido considerados por várias decisões jurisprudenciais de alguns estados (ver

⁹⁹ Deve ser realçado que a versão portuguesa da Convenção que, aliás, integra o texto publicado no Diário da República, não é oficial.

Mas se tivermos em atenção a versão em língua inglesa que também foi utilizadas em todos os trabalhos preparatórios da Convenção, o verbo utilizado é *may* (pode) e não *shall* ou *must* (deve), tal como já referimos *supra* (nº 8.3.).

¹⁰⁰ Embora, deve dizer-se, a Convenção não vise a sua aplicação apenas a litígios de natureza comercial tal como resulta do disposto no artigo I, número 3, *in fine*, embora a grande maioria sejam dessa natureza. E, sendo esse o caso, claro que a ordem pública terá de ser vista e ponderada à luz dos interesses e valores não comerciais específicos.

capítulo número 8 deste trabalho, sobretudo as jurisprudências norte-americana, canadiana e mesmo a japonesa, que seguem um critério super restritivo do conteúdo da ordem pública), como não impeditivos do reconhecimento e execução, com o argumento de que não compete aos tribunais nacionais conhecer do mérito da sentença arbitral ou mesmo, em matéria procedimental, de questões que só aos tribunais nacionais do estado da localização da arbitragem ou onde foi proferida a sentença arbitral compete, ou teria competido conhecer.

7. Para além disto, existem outras matérias em que se pode discutir se se incluem ou não no conceito de ordem pública internacional de um estado nacional, concretamente as seguintes, *verbi gratia*:

a) Definição da ordem pública internacional face à Constituição

A jurisprudência do Tribunal Supremo de Espanha tirada no caso *Saroc, SpA vs. Sahec, SA*, citado no capítulo 8 deste trabalho e no que se refere à privação dos direitos de apresentação do caso e de formulação de defesa, entendeu que ela pode constituir violação da ordem pública internacional do Estado espanhol.

Aliás, essa situação, no direito português, encontra-se prevista na LAV, quer no artigo 46º, número 3., alínea a), subalínea ii), quer no artigo V, número 1., alínea b), da Convenção de Nova Iorque.

Deste modo, não deve, na maioria dos casos, chegar a colocar-se a questão tratada pelo aresto do Tribunal Supremo de Espanha *in casu* no âmbito da exceção de ordem pública, pois esta só é, em regra, apreciada após a sentença arbitral ter sido testada face aos fundamentos de anulação, tratando-se de sentença arbitral doméstica, ou de reconhecimento e execução, tratando-se de sentença arbitral estrangeira, previstos respetivamente nas disposições legais próprias do número 1. dos artigos 46º ou 56º da LAV ou no artigo V, número 1., da Convenção.

Outras disposições de uma determinada constituição, ou não têm aplicação a questões de natureza comercial ou não comercial arbitráveis ou, se for o caso, só integrarão a ordem pública internacional do Estado português se tratarem de valores ou interesses fundamentais ou básicos da comunidade portuguesa que caracterizam o conteúdo da sua ordem pública internacional. Em resumo, não basta ser constitucional para significar necessariamente a sua pertença àquele conteúdo da ordem pública internacional portuguesa.

b) Requisitos da violação da ordem pública internacional

Alguma jurisprudência mais representativa tem afirmado que a ofensa da ordem pública internacional deve ser *flagrante, efetiva, real e concreta* (jurisprudência francesa); ou constituir *ofensa grave* (jurisprudência alemã); ou *a necessidade de se tratarem de princípios fundamentais ou essenciais da ordem jurídica* (jurisprudência suíça); ou a execução da sentença se revelar *claramente ofensiva* do bem público ou que a sua execução se torna *totalmente ofensiva* para o senso de um homem comum bem informado (doutrina inglesa de Burrough J.).

c) Interdição de apreciação do mérito da sentença arbitral estrangeira

E praticamente unânime a jurisprudência e a doutrina internacionais segundo as quais os tribunais do reconhecimento e execução *não devem apreciar o mérito da decisão* sujeita a homologação, salvo quanto à questão concreta, e exclusivamente para esse efeito da apreciação da ofensa da ordem pública internacional do estado do foro, quando o mérito da sentença puder ser arguido de violação daquela ordem pública.

d) Erros de julgamento e de decisão da matéria de facto ou de direito

Estas questões não podem constituir fundamento de recusa de reconhecimento e execução. Isso é exclusivamente matéria da competência do tribunal arbitral e dos tribunais de estado do lugar da arbitragem.

e) Requisito restritivo da violação da ordem pública internacional

Tal como no direito francês (artigo 1514 do CPC), o direito arbitral português requer que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira não se mostrem *manifestamente* contrários à ordem pública internacional do Estado português (artigo 56º, número 1., alínea b), subalínea ii) da LAV).

Assim, muito embora o conteúdo da ordem pública internacional do Estado português seja, essencialmente, na sua base, o mesmo quer se trate de arbitragem doméstica e para efeitos de apreciação da validade da sentença arbitral (artigo 46º, número 3., alínea b), subalínea ii) da LAV), quer de arbitragem estrangeira e para efeitos de reconhecimento e execução em Portugal, de sentenças arbitrais estrangeiras, o significado do advérbio *manifestamente* consiste na fixação de um critério mais fino e restritivo, nomeadamente na dúvida, de apreciação do conteúdo da ordem pública internacional portuguesa, apenas devendo concluir-se pela recusa quando seja manifesta a violação (vide mais desenvolvidamente a questão da interpretação do preceito in 8.3 *supra*).

No mesmo sentido, *inter alia*, a jurisprudência do Supremo Tribunal alemão (Ver BGHZ55, pág. 55).

f) Prolação da sentença arbitral fora de prazo

Segundo a jurisprudência francesa, tirada no caso *Dubois & Vanderwalle vs. Boots Frites BV*, é de ordem pública internacional do Estado francês a prolação de uma sentença arbitral para além do prazo fixado, dado que cessaram os poderes dos árbitros para tanto, atendendo ao carácter contratual da arbitragem.

g) Falta de independência e de imparcialidade dos árbitros e a falta de auto-verificação de poderes

A falta de independência e de imparcialidade do tribunal arbitral pode constituir violação da ordem pública internacional segundo certa jurisprudência estrangeira (ver v.g. jurisprudência do Supremo Tribunal alemão in *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIX (2004), pág. 713).

Igualmente, a falta de verificação prévia de poderes pelo próprio tribunal arbitral constitui, segundo v.g. certa jurisprudência alemã (Ver *supra* lugar citado), violação da ordem pública internacional alemã.

h) Violação de leis da concorrência

A violação das leis da concorrência tem sido contraditoriamente avaliada na jurisprudência internacional como matéria integrante da ordem pública internacional de cada estado. Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça (no caso *Ecoswiss China*) e nas jurisprudências francesa e alemã (ver BHG NJW de 1986, pág. 3027 e segs.), o direito da concorrência em matérias não contratuais de concentração de empresas tem sido considerada matéria de ordem pública, desde que estejam de facto em causa interesses essenciais ou fundamentais de ordem económica nacional (isto é deste modo citado expressamente no caso da decisão do Supremo Tribunal alemão) ou, no caso da jurisprudência francesa, a alegação consistente na violação das leis da concorrência deve visar a demonstração de que ela é flagrante, efetiva, real e concreta.

i) Violação dos requisitos de forma de ato jurídico

Ela não constitui violação da ordem pública internacional, na sequência do decidido, entre outra importante jurisprudência, igualmente pelos tribunais alemães.

j) Aplicação de taxas de juro excessivas

A aplicação de *taxas de juros excessivas* tem permitido também jurisprudência não uniforme. Enquanto uns tribunais têm decidido que a aplicação de taxas de juros excessivas que ultrapassam a sua finalidade compensatória para assumirem verdadeira natureza penalizadora viola a ordem pública internacional do estado do foro (vide jurisprudência austríaca in *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXX (2005), pág. 435); outros tribunais, porém, têm entendido que se trata de matéria da competência dos tribunais estaduais da localização da arbitragem e que só em casos extremos de flagrante e concreta imoralidade poderá afrontar a ordem pública do estado do reconhecimento e execução.

l) Falta de fundamentação ou insuficiente fundamentação

A *falta de fundamentação ou de fundamentação insuficiente de uma sentença sujeita a pedido de homologação* não é, em geral, motivo de recusa do seu reconhecimento e execução.

m) Sentença arbitral injusta ou danosa

A alegação de que *a sentença arbitral é injusta e danosa* por ter sido submetida a um tribunal arbitral por via de uma câmara arbitral pertencente a uma associação de que uma das partes era membro também não constitui, só por si, motivo de recusa (jurisprudência do Supremo Tribunal de Espanha no caso *Pueblo Film Distribution Hungary KFT vs. Laurenfilm, SA*).

n) Cautelas a observar na aplicação do critério super restritivo

Deve entender-se que *a decisão de não recusa de uma sentença arbitral estrangeira baseada no facto de se ter entendido não competir ao tribunal da homologação a apreciação de matéria que é da competência dos tribunais estaduais do lugar da arbitragem* não deve ser entendida demasiado latamente sob pena de se reduzir acentuadamente a relevância da ordem pública internacional do estado da homologação. Atendendo ao estado atual da arbitragem internacional, a ordem pública internacional do estado da homologação impor-se-á sempre que estiverem em causa os valores e interesses essenciais ou fundamentais da comunidade respetiva. O que significa que as questões em que isso não suceda, e sempre em nome da proteção do comércio internacional e, também, tendo em atenção que não compete aos tribunais do reconhecimento e execução a reavaliação do mérito da decisão tomada na sentença arbitral sujeita a homologação, é correta a decisão de remeter para a jurisdição da *lex arbitri* a competência na matéria.

o) Punitive damages (indenização sancionatória)

A condenação de uma parte em *punitive damages* (indenização sancionatória), típica do direito norte-americano, tem sido considerada violadora da ordem pública internacional em muitos estados europeus.

p) Excessivos custos do processo arbitral

Por seu turno, custos desta natureza não têm sido, em geral, considerados caso de violação da ordem pública internacional (ver por ex. a jurisprudência alemã).

q) Equivalência de conceitos

O conceito de *princípios essenciais ou fundamentais de ordem jurídica, económica, social ou ética* de uma comunidade utilizado nos países que adotam o direito civil e o conceito de *good morals, morality and justice* ou *natural justice* do sistema jurídico anglo-saxónico são praticamente equivalentes.

r) Outras matérias

Para além das matérias referidas nos locais imediatamente antecedentes, outras têm sido tratadas pela jurisprudência e citadas neste trabalho que incluem, *inter alia*:

Podem não ofender, em geral, a ordem pública internacional:

- i. Questões de arbitrabilidade face à ordem pública internacional (v.g. EUA)
- ii. Deliberações dos árbitros (v.g. jurisprudência austríaca)
- iii. Diferenças linguísticas (v.g. jurisprudência espanhola)
- iv. Falta ou insuficiência de provas, errada decisão e excessivo formalismo da sentença arbitral (v.g. jurisprudência espanhola)
- v. Fraude, perjúrio e corrupção (a jurisprudência divide-se: uma considera que é matéria da competência dos tribunais do local de arbitragem ou do local onde a sentença foi proferida (v.g. EUA e República da Coreia) e outra considera que são motivo de recusa (ex. Canadá e Inglaterra mas só se não tiver sido arguida nos tribunais da *lex arbitri*))
- vi. Irrelevância da contradição entre a lei substantiva ou processual arbitral da *lex arbitri* e a lei interna do estado da homologação (v.g. jurisprudência canadiana e coreana)
- vii. Manifesto desrespeito da lei (*manifest disregard of law*, v.g. jurisprudência EUA)
- viii. Prescrição de direitos e estipulações contratuais unilateralmente fixadas (v.g. jurisprudências canadiana e espanhola)
- ix. Violação de boas relações internacionais (v.g. jurisprudência inglesa)
- x. Violação de legislação sobre sanções económicas (v.g. jurisprudência EUA)

- xi. Violação de normas imperativas da lei de processo do estado do reconhecimento que não digam respeito aos princípios fundamentais do processo arbitral (v.g. jurisprudência coreana)
- xii. Violação de leis cambiais ou fiscais estrangeiras (v.g. jurisprudência inglesa).

Podem ofender, em geral, a ordem pública internacional de um estado:

- xiii. Caducidade ou nulidade da convenção de arbitragem (ver, nomeadamente, a Convenção de Nova Iorque e v.g. jurisprudências alemã e inglesa)
- xiv. Violação:
 - de *natural justice* (v.g. jurisprudência inglesa)
 - dos bons costumes (v.g. jurisprudência suíça)
 - do propósito da Convenção de Nova Iorque (jurisprudência vária)
 - dos compromissos internacionais resultantes da assinatura da Convenção de Nova Iorque (jurisprudência vária, v.g. EUA)
 - do princípio fundamental da liberdade contratual
 - grave da ordem pública transnacional (que seja simultaneamente da ordem pública nacional do estado da homologação) (v.g. jurisprudência inglesa)
 - pelos árbitros de deveres essenciais (v.g. jurisprudência suíça).

As seguintes matérias importantes, *inter alia*, referidas neste trabalho têm tido acolhimento na jurisprudência estrangeira:

- aplicação facultativa da exceção de ordem pública como fundamento (interpretação super restritiva da ordem pública) de não recusa de uma sentença arbitral estrangeira (v.g. jurisprudência EUA, Rep. da Coreia, Canadá, Japão e muitas outras decisões jurisprudenciais de vários estados), apesar de a sentença estrangeira poder conflitar com a ordem pública internacional do estado da homologação
- a obrigação de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelos estados firmantes da Convenção de Nova Iorque, observando o que ela dispõe (v.g. jurisprudência EUA, entre muitas outras decisões jurisprudenciais de outra origem)
- a jurisprudência inglesa tem acentuado em várias decisões os fundamentos gerais de recusa de uma sentença arbitral estrangeira para além da violação da *Natural Justice*
- a sequência sucessiva e não simultânea de aplicação do número 1. e do número 2. do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Estas são, pois, em resumo, algumas das principais questões em que a discussão sobre a sua inclusão na ordem pública internacional dos estados do foro, à luz da Convenção de Nova Iorque e da legislação nacional de países membros desta, tem tido lugar.

Permanecem incertas algumas questões sobre a sua inclusão na ordem pública, dado o carácter abstrato da matéria, mas esperamos que a indefinição de critérios de avaliação possa ficar atenuada com o presente trabalho, apesar da sua singeleza.

Esperemos, dado o esforço que a jurisprudência e a doutrina internacionais têm feito, e de que aqui se deu um breve relato, não permita mais o comentário jocoso de alguns doutrinadores ingleses do passado de que o conteúdo da ordem pública relevante no domínio do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras se comporta como um *unruly horse* (cavalo sem governo) para passar a ser algo concretizável e com conteúdo prático.