

DA ORDEM PÚBLICA NO PROCESSO ARBITRAL

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO (*)

1. INTRODUÇÃO — OBJECTO DO PRESENTE ESTUDO

I — O tema que vamos tratar diz respeito à questão de saber qual a influência e papel da ordem pública na arbitragem voluntária. Na verdade, repousando a arbitragem voluntária na autonomia das partes, cumpre saber até que ponto pode ir a liberdade destas num processo arbitral.

Desde logo, constituindo a ordem pública um limite à autonomia das partes, devidamente fiscalizada pelo tribunal judicial, será que tal limite poderá ser derogado, contornado e/ou atenuado através do recurso ao tribunal arbitral? Ou seja, poderão as partes fugir à aplicação dos princípios e normas de ordem pública através do recurso à arbitragem?

(*) Este estudo é dedicado ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, uma das pessoas que mais nos incutiu o gosto pelo Direito Processual e em relação a quem tivemos a honra de sermos seu aluno na parte escolar do programa de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. O trabalho que agora publicamos foi inicialmente apresentado na cadeira de doutoramento de Teoria de Direito do Professor Doutor José de Sousa Brito (que nos alertou para a importância do problema que aqui tratamos), tendo sido depois desenvolvido e actualizado em conformidade com a nova Lei de Arbitragem Voluntária, no âmbito do Curso de Atualização em Arbitragem, coordenado pela Professora Doutora Mariana França Gouveia (a quem agradecemos as observações e críticas que nos foram feitas).

Por outro lado, serão diferentes os limites, efeitos e conteúdo da ordem pública na arbitragem e nos tribunais estaduais? E como lidar com o conceito de ordem pública (por si só indefinível) e com as suas respectivas acepções num processo arbitral?

O presente trabalho pretende, assim, apurar qual o limite, qual a fronteira, até onde pode ir a autonomia das partes num processo arbitral e como funciona (e se funciona) o travão imposto pela ordem pública.

II — É sabido que a ordem pública é um conceito muito controverso, atenta a sua indeterminação e imprecisão, sendo muitas vezes considerado um tema tabu na arbitragem voluntária. O presente artigo pretende abordar, frontalmente, os principais problemas que na arbitragem se colocam e que, de facto, não são poucos.

O nosso ponto de partida será a natureza contratual privada da arbitragem voluntária. De seguida, iremos tentar definir a ordem pública, delimitar em traços gerais o seu conteúdo e efeitos e, claro, diferenciar as acepções de ordem pública interna e internacional — diferença que se revelará fulcral no último capítulo do presente trabalho.

Três questões essenciais serão depois analisadas; falamos da influência e papel da ordem pública: (i) ao nível da convenção de arbitragem, (ii) no decurso do processo arbitral e (iii) a respeito do conteúdo da sentença arbitral; estes são os três momentos em que, no nosso entendimento, mais vezes se poderá colocar a questão de uma ofensa à ordem pública. Particular ênfase será dada ao último ponto, aquele que, segundo a Associação Portuguesa de Arbitragem, “foi possivelmente o ponto mais polémico do projecto que originou a presente LAV”⁽¹⁾.

Para o efeito, teremos sempre presente o disposto na nova Lei de Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011, de 14 de Dezembro) e o que o legislador aí consagrou a este respeito.

⁽¹⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2012, p. 94.

2. DA NATUREZA CONTRATUAL DA ARBITRAGEM E DA AUTONOMIA DAS PARTES

O ponto de partida do nosso tema centrar-se-á, justamente, na *natureza contratual privada da arbitragem voluntária*. Como se sabe, este meio de resolução alternativa de litígios é geralmente definido como o “modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiro”⁽²⁾. Resumidamente, podemos apontar, como o faz Francisco Cortez, quatro características à arbitragem voluntária: “contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”⁽³⁾.

A arbitragem voluntária é *contratual* na sua origem, na medida em que tem como fundamento a vontade das partes, ou seja, é fruto da autonomia privada. Por outro lado, a arbitragem é *privada* na sua natureza, sendo o tribunal arbitral criado e constituído por particulares e desprovido de poderes de autoridade. Acresce que é *jurisdicional* na sua função, na medida em que o tribunal arbitral exerce a função jurisdicional, julgando litígios — o que aproxima a arbitragem do padrão judicial tradicional. Por fim, a arbitragem é *pública* no seu resultado, sendo esta, aliás, a grande diferença entre a arbitragem e os outros meios de resolução alternativa de litígios — falamos da equiparação pública da decisão arbitral à sentença de um tribunal estadual, tendo a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual (artigo 42.º, n.º 7, da Lei de Arbitragem Voluntária).

De entre estas características que assinalámos, interessar-nos-á, particularmente, a natureza contratual e privada da arbitragem voluntária. A este respeito, cumpre salientar que enquanto a jurisdição dos tribunais

(2) Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 26.

(3) Cfr. FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)”, in *O Direito*, Ano 124.º, Lisboa, 1992, IV (Outubro-Dezembro), p. 555. Seguindo este entendimento de Francisco Cortez, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/01/2000 (Relator Aragão Seia, processo n.º 99A1015), in <http://www.dgsi.pt/>.

estaduais se baseia na lei, a jurisdição dos tribunais arbitrais baseia-se na convenção de arbitragem, na vontade das partes expressa na convenção de arbitragem — e daí que, conforme salienta o Professor José Lebre de Freitas, se diga que estes tribunais têm um fundamento semelhante ao do negócio jurídico ⁽⁴⁾. Isto é, a natureza de uma convenção de arbitragem é a de um negócio jurídico bilateral, de um contrato ⁽⁵⁾.

Ora, os tribunais arbitrais são, justamente, criados em conformidade com a convenção de arbitragem, convenção que constitui a fonte dos seus poderes e delimita o âmbito da respectiva competência, aproximando os interessados das soluções ⁽⁶⁾. E, na verdade, a liberdade deixada às partes na convenção de arbitragem é muito ampla. As partes, no fundo, têm o processo arbitral que quiserem (dentro dos limites da lei e da ordem pública, como veremos). Através da convenção de arbitragem podem escolher os árbitros, as regras processuais, a lei aplicável, a sede do tribunal arbitral, a língua dos autos, o prazo para a decisão arbitral, etc. No fundo, as partes definem as regras do jogo. Isto é particularmente evidente numa arbitragem “ad hoc”, mas também numa arbitragem institucionalizada.

Face a toda esta ampla liberdade deixada às partes, uma pergunta se impõe: qual o papel que desempenhará aqui a ordem pública? Por

⁽⁴⁾ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 70 e 71.

⁽⁵⁾ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 83. A este respeito, podemos dizer, com o Professor Lebre de Freitas, que a convenção de arbitragem deve ser qualificada como “*negócio jurídico processual*” — JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, volume II, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 551 e 552 e “O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro pelo Presidente do Tribunal da Relação”, in *Revista Themis*, ano X, n.º 18 (2010), Almedina, Coimbra, 2011, p. 33.

⁽⁶⁾ Vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 82, e J. O. CARDONA FERREIRA, “Arbitragem: Caminho da Justiça? Perspectiva de um magistrado judicial. Breves referências ao recurso à anulação e execução da sentença arbitral”, in *O Direito*, ano 141.º, II, Almedina, Coimbra, 2009, p. 275.

outras palavras, constituirá a ordem pública um limite à autonomia privada, também no domínio da arbitragem? Se sim, como? E em que termos?

3. DA ORDEM PÚBLICA: NOÇÃO, CONTEÚDO, DIFERENTES ACEPÇÕES E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A) A ordem pública como cláusula geral — o seu carácter indeterminado

Face às perguntas enunciadas, a nossa análise terá sempre de começar por uma tentativa de definir a ordem pública e delimitar, em traços gerais, o seu conteúdo e efeitos.

O primeiro grande problema que aqui surge prende-se, indubitavelmente, com o *carácter indeterminado* da ordem pública. A este respeito, e conforme bem observa o Professor Baptista Machado, é sabido que o legislador recorre muitas vezes a conceitos indeterminados ou a cláusulas gerais — caso da “boa fé”, “abuso de direito”, “bons costumes”, etc. Sendo que, ao fazê-lo, o legislador permite assim, por um lado, que se tenham em conta as circunstâncias concretas do caso (assim contribuindo para uma justiça individualizante, na qual caberá ao juiz a tarefa de concretizar a disposição legal em causa no momento da sua aplicação), e, por outro, permite adaptar o direito à evolução histórico-social, bem como ter em conta regras e valores extrajurídicos. E daí que se diga que os sectores do direito onde vigoram tais cláusulas gerais são sectores “abertos”, isto é, “abertos à consideração das particularidades do caso, abertos à consideração de valores e máximas extrajurídicos, abertos à evolução das concepções sociais e da técnica” ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2002, p. 253. Salientando, igualmente, o carácter indeterminado da cláusula geral de ordem pública, veja-se, por exemplo, MARIA JOÃO MIMOSO, *Arbitragem do Comércio Internacional — Medidas provisórias e cautelares*, Quid

Ora, a ordem pública é, antes de mais, uma *cláusula geral*, não sendo susceptível de definição. Com efeito, “a ordem pública é indefinível conceitualmente, como indefinível é o «estilo» ou a «alma» de uma ordem jurídica” ⁽⁸⁾. Assim, muito embora a ordem pública seja em Portugal um conceito normativo legal — estando consagrada, desde logo, no Código Civil —, a lei não define a ordem pública, nem o poderia fazer, acrescentamos. Na verdade, estamos perante um “conceito necessariamente em branco” ⁽⁹⁾, não sendo possível (nem desejável) proceder à sua definição ⁽¹⁰⁾.

No fundo, a ordem pública escapa aos maiores refinamentos da análise, uma vez que acaba sempre por transcender as coordenadas analíticas como que a tentamos apreender ⁽¹¹⁾. E daí que se afirme, e bem, que a vaguidade e imprecisão da noção de ordem pública (interna e internacional — distinção a que faremos referência mais à frente) sejam um “mal sem remédio” ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾.

Juris, Lisboa, 2009, pp. 88 e 89, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no domínio dos contratos”, in *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 256, e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo — Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação de doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, volume II, versão académica, Lisboa, 2011, p. 656.

⁽⁸⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 259.

⁽⁹⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1985 (2.^a reimpressão, 2011), p. 49, nota de rodapé n.º 80.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 251 e 69, e JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 656.

⁽¹¹⁾ *Vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 259.

⁽¹²⁾ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 410. Neste sentido, tentando perceber qual o conteúdo da ordem pública internacional, também o Professor Alberto dos Reis não deixa de observar que “exigir nesta matéria precisão e certeza absoluta é exigir o impossível” — ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II (reimpressão, obra póstuma), Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 178. Esta indeterminação conceitual não tem, de resto, de nos

Por outro lado, importa não esquecer que, além de estarmos sempre perante um conceito sensível ao sistema jurídico em que se encontra inserido, estamos também perante um conceito volátil, que se vai modificando em função dos contextos histórico, político, social, geográfico e económico ⁽¹⁴⁾ — o que, só por si, contribui para que a indeterminação da ordem pública seja ainda maior.

Em todo o caso, e ainda que não seja possível uma definição, impõem-se mais algumas considerações sobre a ordem pública, considerações estas que nos ajudarão a compreender os principais problemas que aqui se colocam.

B) A evolução histórica da ordem pública

Historicamente, o problema da ordem pública não é novo, podendo mesmo defender-se que já os estatutários medievais (particularmente, Bártolo de Sassoferrato) — ao distinguirem os estatutos em “odiosos” e “favoráveis”, não podendo os primeiros produzir qualquer efeito fora da

surprender, pois a verdade é que o direito “não pode renunciar a tais conceitos lábeis, porque é um sistema vivo que se modifica com a mutação das circunstâncias” — JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 260, nota de rodapé n.º 2.

⁽¹³⁾ A este respeito, no domínio da arbitragem internacional, costuma muitas vezes recorrer-se a uma analogia feliz de um juiz inglês, numa sentença proferida em 1824, segundo o qual “a ordem pública é um cavalo selvagem [“unruly horse”] que, quando montado, não sabemos onde nos irá levar” — *Richardson v Mellish*, 02/07/1824, Court of Common Pleas, All England Law Reports 258, at 252. A doutrina internacional recorre, frequentemente, a esta célebre figura do “unruly horse” para demonstrar a imprevisibilidade e imprecisão do conceito de ordem pública — cfr. NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5.ª edição, Oxford, 2009, p. 616, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 2173, 2632, 2833 e 2841, e AUDLEY SHEPPARD, “Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, in *Arbitration International*, Kluwer Law International, volume 19, n.º 2, 2003, p. 247.

⁽¹⁴⁾ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, pp. 661 e 662.

cidade que os promulgara, isto é, não tendo aplicação extra-territorial — haviam considerado o problema da ordem pública ⁽¹⁵⁾.

Em todo o caso, é verdadeiramente no artigo 6.º do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão) que o conceito de ordem pública surge pela primeira vez consagrado ⁽¹⁶⁾. Nos termos deste preceito, “on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”, ou seja, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes não podem ser derogadas por convenções particulares.

Com a doutrina moderna, por sua vez, começam-se então a esboçar várias teorias de ordem pública. Destacam-se aqui Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny, Pasquale Mancini e Antoine Pillet, tendo o aproveitamento do conceito de ordem pública no Direito Internacional Privado ficado a dever-se, particularmente, a Savigny ⁽¹⁷⁾.

Segundo este último Autor, embora o direito imperativo não possa ser alterado por convenções particulares, é possível, porém, distinguir nesse conjunto de preceitos imperativos: (i) os que visam a defesa de interesses individuais dos titulares de direitos (e que não reclamam uma aplicação incondicional dentro do Estado local) e (ii) aqueles que são

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, veja-se, por exemplo, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1959, p. 414, e CARLOS FERNANDES, *Lições de Direito Internacional Privado, I, Teoria Geral do DIP com incidência no sistema português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 291.

⁽¹⁶⁾ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 268, JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 645, e JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR”, in *Lima Arbitration*, Círculo Peruano de Arbitraje, n.º 2 — 2007, p. 69.

⁽¹⁷⁾ Vide ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, pp. 415 a 418, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, p. 269. No que se refere à evolução histórica da referida doutrina moderna do século XIX, veja-se, por exemplo, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 114 a 128.

impostos pela defesa de interesses superiores da moralidade ou utilidade pública (tais preceitos imperativos não cedem nunca na sua aplicação, ainda que estejamos perante uma questão que a norma de conflitos submeta a uma legislação estrangeira) ⁽¹⁸⁾.

Esta distinção de Savigny é posteriormente desenvolvida por Charles Brocher, começando então a falar-se, na doutrina latina, de regras imperativas de *ordem pública interna* e de *ordem pública internacional* ⁽¹⁹⁾. A própria necessidade de se proceder a esta diferenciação dos conceitos de ordem pública provinha, desde logo, do citado artigo 6.º do Código Civil francês ⁽²⁰⁾.

Ordem pública é, deste modo, um conceito polissémico ⁽²¹⁾, sendo essencial distinguir, no âmbito do nosso trabalho, ordem pública interna de ordem pública internacional.

C) A ordem pública interna

A *ordem pública interna* é constituída por “normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social” ⁽²²⁾. Normas e princípios estes inderrogáveis pela vontade dos indivíduos (restringindo assim a liberdade individual, a autonomia privada), tais como, conforme exemplifica Baptista Machado, as normas que “estabelecem as regras fundamentais da organização económica, as que visam

⁽¹⁸⁾ Vide ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, pp. 415 e 416.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 416, G. PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law: Selected Problems*, Academie de Droit International de la Haye, Kluwer Academic Publishers, Alphen aan den Rijn, [sem data], p. 90, e JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR”, *op. cit.*, p. 75.

⁽²⁰⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, p. 271.

⁽²¹⁾ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, volume II, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 319.

⁽²²⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 254.

garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e incapazes, as que respeitam à organização da família e ao estado das pessoas, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc.”⁽²³⁾.

No nosso direito interno, é esta acepção de ordem pública que se encontra consagrada, desde logo, no artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil. Procurando concretizar a acepção de ordem pública prevista no citado artigo, a nossa doutrina civilista costuma salientar, a este respeito, que a ordem pública é o “conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”⁽²⁴⁾. Ou seja, “é a tradução duma certa forma de sociedade, a reunião daquilo que é considerado fundamental, num dado momento e lugar, para que se torne obrigatório, mesmo que se vá contra a vontade dos sujeitos jurídicos”⁽²⁵⁾.

A ordem pública constitui, deste modo, “um factor sistemático de limitação da autonomia privada”. Pelo que a autonomia privada é, assim, limitada não só por normas jurídicas imperativas (artigo 405.º do Código Civil), mas também por princípios a construir pela Ciência jurídica (correspondentes a vectores não expressamente legislados, mas de funcionamento importante, podendo ser injuntivos)⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 254. Procurando, igualmente, fornecer alguns exemplos de normas de ordem pública (interna), veja-se ADRIANO VAZ SERRA, “Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdo e requisitos”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74 (separata), Lisboa, 1958, pp. 130 a 151.

⁽²⁴⁾ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 557 e 558.

⁽²⁵⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 49 e 50, nota de rodapé n.º 80.

⁽²⁶⁾ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 710. Salientando, igualmente, o facto de as normas de interesse e ordem pública serem inderrogáveis por convenção das partes, veja-se ainda, por exemplo, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*,

Saber quais são esses “princípios fundamentais” do nosso ordenamento jurídico, esses “princípios a construir pela Ciência jurídica”, é que é verdadeiramente a questão... Ora, esta é uma matéria em que apenas podemos exemplificar (como faz Baptista Machado) e não catalogar. Sem dúvida que, muitas vezes, tais princípios se encontram expressa ou implicitamente consagrados, desde logo, na Constituição. Em todo o caso, a nossa Lei Fundamental não constitui um limite no que à determinação dos princípios relevantes de ordem pública diz respeito ⁽²⁷⁾. Acrescente-se, aliás, que a ordem pública (interna) actua independentemente da existência de uma norma jurídica expressa, sendo assim susceptível de actuar para além de disposições legais específicas ⁽²⁸⁾.

Chegados a este ponto, e seguindo aqui de perto a posição dos Professores Oliveira Ascensão, Manuel Carneiro da Frada e Jorge Morais Carvalho ⁽²⁹⁾, importa deixar um alerta: a ordem pública (interna) não se pode identificar com a totalidade das normas legais imperativas. O próprio Código Civil, desde logo, distingue violação da lei de ofensa da ordem pública. Isso mesmo resulta de forma muito clara dos números 1 e 2 do artigo 280.º, bem como do artigo 281.º ⁽³⁰⁾. Deste modo,

volume I, 5.ª edição, com a colaboração de JORGE MORAIS CARVALHO, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1016.

⁽²⁷⁾ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, pp. 664, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 257. Mas isso não significa que os princípios e regras constitucionais não ocupem um papel relevante na densificação do conceito de ordem pública, desde logo a propósito do problema da aplicação das normas constitucionais às relações entre particulares (o tradicional problema da “Drittwirkung”): cfr. CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 71 e ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, pp. 666, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 259.

⁽²⁹⁾ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, pp. 319 e 320, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 256, 257, 259, 262 e 263, e JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, pp. 655, 666 e 667.

⁽³⁰⁾ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 320. Por outro lado, conforme observa ainda o Professor Oliveira Ascensão, quando no artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil se dispõe que “toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”, não se está a falar de contrariedade à lei (que dispensaria tal preceito).

não se justifica uma compreensão tão vasta e ampla da ordem pública que a identificasse com o conjunto das normas imperativas do ordenamento — caso em que a individualidade própria da ordem pública ficaria posta em causa face a uma simples contrariedade à lei, o que, de resto, nem se coadunaria com a referida distinção legal que se verifica entre nós ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾.

Por outro lado, e muito embora, um negócio, por exemplo, possa ser ilícito por contrariar a lei e ao mesmo tempo violar princípios fundamentais do ordenamento jurídico, a verdade é que a contrariedade à lei, em si mesma, pode não envolver qualquer ofensa a um princípio de ordem pública ⁽³³⁾.

Diga-se, por fim, que, além de não se confundir com a contrariedade à lei, a noção de ordem pública não se confunde também com a de bons costumes — noção esta mais ligada a uma ideia de moral social, entendendo-se geralmente que o negócio ofensivo dos bons costumes é aquele que tem por objecto actos imorais ⁽³⁴⁾. Embora haja, sem dúvida, vários

⁽³¹⁾ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 257. Neste sentido, também as Professoras Assunção Cristas e Mariana França Gouveia salientam que “a ordem pública [interna] não incorpora todas as normas imperativas do ordenamento jurídico português” — ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, anotação ao Acórdão do STJ de 10/07/2008, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, Janeiro/Março 2010, p. 53, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 254. No mesmo sentido, veja-se, ainda, LUÍS BARRETO XAVIER, *Sobre ordem pública internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, Dissertação de mestrado em direito (ciências jurídicas) na Universidade Católica, versão académica, Lisboa, 1991, pp. 72 a 75.

⁽³²⁾ Com o devido respeito, não concordamos, deste modo, com a definição de ordem pública interna do Professor Ferrer Correia, segundo a qual esta “é o conjunto de todas as normas que, num sistema jurídico dado, revestem natureza imperativa (normas inderrogáveis, *ius cogens*)” — A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 405.

⁽³³⁾ Vide JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, pp. 666, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 259.

⁽³⁴⁾ Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 50, e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I, *op. cit.*, pp. 258 e 259.

pontos em comum, ordem pública e bons costumes distinguem-se, essencialmente, pela natureza dos princípios afectados. Assim, a ordem pública opera “num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem para princípios extra-jurídicos, de natureza ética ou moral” ⁽³⁵⁾.

D) A excepção de ordem pública internacional

I — Diferente é o meio ou expediente designado por *excepção de ordem pública internacional*. Vimos que a ordem pública interna é constituída por normas e princípios jurídicos que formam os quadros fundamentais do sistema, não podendo ser derogados pela vontade dos indivíduos. A verdade, porém, é que, não obstante esses princípios serem as traves mestras e as coordenadas básicas da ordem jurídica interna, em numerosas situações esses princípios deixam de operar (ou operam de uma forma mais limitada). Referimo-nos às situações em que o direito internacional privado local manda aplicar lei estrangeira. Ou seja, “certas relações que, enquanto relações de ordem interna, estariam subordinadas a disposições de o. p. da lei portuguesa, são por força do nosso DIP submetidas a leis estrangeiras, porventura dominadas por princípios diferentes ou até opostos” ⁽³⁶⁾.

Ora, quando está em causa a aplicação de lei estrangeira (ou, como veremos, o reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro) tem de haver uma maior tolerância para

⁽³⁵⁾ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 688. No que respeita à distinção entre ordem pública e bons costumes, veja-se ainda, por exemplo, CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 558 e 559, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, colecção teses, Almedina, Coimbra, 2007 (3.^a reimpressão), pp. 1208 a 1224 e *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, pp. 707 a 710, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, colecção teses, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 844 e 845.

⁽³⁶⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 254.

com as regras do sistema jurídico estrangeiro ⁽³⁷⁾. Na verdade, conforme salienta a Professora Isabel de Magalhães Collaço, o Direito Internacional Privado assenta, justamente, no princípio do respeito pela diversidade de regulamentações e no reconhecimento da diferença entre as várias ordens jurídicas. Assim, “se a intolerância local pretender impor nas relações privadas internacionais todas as coordenadas vigentes na ordem interna, terá com isso decretado o desaparecimento do Direito Internacional Privado” ⁽³⁸⁾. Não podemos, em suma, pretender que todas aquelas normas e princípios jurídicos que formam os quadros fundamentais do sistema — integrando a nossa ordem pública interna — valham quando está em causa a aplicação da lei estrangeira, sob pena de matarmos o Direito Internacional Privado.

Em todo o caso, esta maior tolerância para com a lei estrangeira não é sinónimo, evidentemente, de subserviência total. Com efeito, não está aqui em causa um “cheque em branco” que o legislador nacional passa à lei estrangeira aplicável. Assim, e porque a remissão para uma lei estrangeira, lei esta de conteúdo vário e desconhecido, é sempre — na expressão feliz de Leo Raape — um “Sprung ins Dunkel”, isto é, um salto no escuro, um salto no desconhecido ⁽³⁹⁾, torna-se necessário dotar o juiz de um meio ou expediente que lhe permita afastar a aplicação de uma norma de direito estrangeiro, quando o resultado dessa aplicação for inadmissível no sistema da “lex fori”, nomeadamente quando representar uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os

⁽³⁷⁾ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 248 e 249.

⁽³⁸⁾ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 422.

⁽³⁹⁾ Referindo e desenvolvendo esta ideia de Leo Raape, veja-se, por exemplo, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 406, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 255, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 419, CARLOS FERNANDES, *op. cit.*, p. 292, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, p. 261.

princípios fundamentais da sua ordem jurídica ⁽⁴⁰⁾. Esse meio ou expediente é, precisamente, a *ressalva, reserva ou exceção de ordem pública internacional* ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 256.

⁽⁴¹⁾ A terminologia “*ordem pública internacional*” é, muitas vezes, criticada por vários autores. Com efeito, a expressão “internacional” pode dar a ideia (errada) de que a ordem pública é internacional, no sentido de ser a mesma em todo o mundo. Ora, isto não é verdade, uma vez que os princípios fundamentais que estão aqui em causa são aqueles respeitantes a uma determinada ordem jurídica, princípios estes que poderão, com grande probabilidade, ser diferentes entre os vários países — cfr. G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, p. 91. Neste sentido, também Isabel de Magalhães Collaço considera infeliz tal terminologia, uma vez que a designada ordem pública internacional “é tudo quanto pode conceber-se de mais «nacional»: é o domínio da irredutibilidade da ordem local a uma regulamentação estrangeira divergente” (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 416). Em suma, esta ordem pública é “internacional” por ser específica do Direito Internacional Privado e não por ser uma ordem pública de Direito Internacional — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, 2.^a edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2009, p. 585. A este propósito, veja-se também WINNIE (JO-MEI) MA, *Public Policy in the judicial enforcement of arbitral awards: lessons for and from Australia*, Bond University, Austrália, 2005, pp. 34 e 81.

Diferente da ordem pública internacional é a chamada *ordem pública transnacional* (ou *verdadeiramente internacional*, segundo alguns autores) — conceito que tem vindo a ser usado, particularmente, na arbitragem internacional. A este respeito, enquanto que a ordem pública interna e internacional são ambas nacionais de um determinado Estado, a ordem pública transnacional “respeita à comunidade jurídica internacional e é atinente a um conjunto de povos e de nações pertencente a uma determinada família jurídico-cultural ou à comunidade global dos povos”. A ordem pública transnacional não respeita, assim, a um Estado específico, mas sim à comunidade jurídica internacional ou transnacional (MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 434, 521 e 674 a 683). Esta aceção de ordem pública é, deste modo, utilizada “para designar o conjunto de princípios universais estabelecidos em vários domínios do direito e das relações internacionais, para servir os interesses superiores da comunidade mundial e os interesses comuns da humanidade, situados acima e por vezes contra os interesses das nações individualmente consideradas” (ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, ano II (2009), Almedina, Coimbra, 2009, p. 43, e “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 32, n.º 126

No fundo, a excepção de ordem pública internacional mais não é do que um direito de veto, uma forma de o legislador local se precaver contra a aplicação de preceitos estrangeiros (ou contra o reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro) que se possam vir a revelar gravemente lesivos das coordenadas fundamentais da sua ordem jurídica. O que está aqui em causa, assim, é uma excepção ao normal funcionamento da regra de conflitos que remeteria a solução para o direito estrangeiro ⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

— Abril-Junho 2011, p. 163, nota de rodapé n.º 23). Sobre esta matéria, veja-se ainda, por exemplo, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 283 a 285, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional — direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pp. 283 a 285 (fazendo referência a um direito transnacional), NUNO ANDRADE PISSARA / SUSANA CHABERT, *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 261 a 267, NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *op. cit.*, p. 616, PIERRE LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, 1986, volume 3, pp. 284 e ss., e “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, in *Revue de l'Arbitrage*, 1986, n.º 3, pp. 329 e ss., FERNANDO MANTILLA-SERRANO, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, in *Arbitration International*, Volume 20 (2004), n.º 4, Kluwer Law International, pp. 333 a 353, e AUDLEY SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 220 e 221. Referindo-se, igualmente, a uma *ordem pública comunitária*, veja-se RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, volume II, Setembro de 1986, pp. 326 a 329, NUNO ANDRADE PISSARA / SUSANA CHABERT, *op. cit.*, pp. 215 a 271, e JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR”, *op. cit.*, pp. 89 a 91.

⁽⁴²⁾ Vide ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, pp. 419 e 420. Conforme bem observa ainda a Professora Isabel de Magalhães Collaço, a reserva ou excepção de ordem pública internacional é um mal necessário do Direito Internacional Privado, “uma deformidade congénita que não parece sanável enquanto não desaparecerem as diversidades de civilização no mundo e este não se vir submetido a uma orientação política e social uniforme” (*op. cit.*, p. 422). Neste mesmo sentido, veja-se também, por exemplo, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 257.

⁽⁴³⁾ Tal como afirma a este respeito Ferrer Correia, muito embora o direito internacional privado tenha os seus visos próprios, isto é, a sua própria justiça incon-

Vemos, deste modo, que o voto de confiança que o direito de conflitos concede ao legislador estrangeiro é dado no pressuposto de que esse mesmo legislador não ditará normas ofensivas dos mais elementares princípios de justiça ⁽⁴⁴⁾. Saber que princípios são estes é tarefa que cabe ao intérprete, ou seja, terá de ser este a tentar circunscrever os efeitos e a delimitar a esfera de aplicação da excepção de ordem pública internacional, de forma a que esta necessária válvula de escape não se transforme numa brecha susceptível de pôr em perigo a disciplina das relações privadas internacionais ⁽⁴⁵⁾.

Concluímos, assim, com o Professor Ferrer Correia, que, se a ordem pública interna restringe a liberdade individual, a ordem pública internacional ou externa limita a aplicabilidade das leis estrangeiras; ela é o reduto inviolável do sistema jurídico nacional. Na verdade, “cada Estado tem naturalmente os seus valores jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem, que reputa essenciais e que em qualquer caso lhe incumbe proteger. A preservação desses valores e a tutela desses interesses exigem que a todo o acto de atribuição de competência a um ordenamento jurídico estrangeiro vá anexa uma ressalva: a lei definida por competente não será aplicada na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local” ⁽⁴⁶⁾.

II — A excepção de ordem pública internacional representa, como vimos, uma excepção à aplicação da ordem jurídica designada como

fundível com a do direito material, assistimos nestes casos a uma certa (mas necessária) intromissão da justiça material, nos termos da qual a marcha da justiça conflitual é travada — cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 42 e 43, e *Direito Internacional Privado — Alguns problemas*, Coimbra, 1995 (3.^a reimpressão), pp. 126 e 127.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 256.

⁽⁴⁵⁾ Vide ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 422.

⁽⁴⁶⁾ Vide A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 405 e 406.

competente. A sua função consiste, resumidamente, em afastar a aplicação do direito estrangeiro, quando seja expectável que o resultado dessa aplicação ao caso concreto resulte numa lesão grave para a harmonia e equilíbrio da nossa ordem jurídica, ofendendo o sentimento jurídico dominante e os seus pressupostos essenciais. Dito isto constatamos, então, que se encontra consagrada entre nós a designada *concepção a posteriorística* da ordem pública, concepção que descende de Savigny e que é unânime entre os Autores portugueses ⁽⁴⁷⁾.

Diferente desta é a *concepção apriorística* (outrora defendida, nomeadamente, por Mancini e Pillet), nos termos da qual a ordem pública internacional implicaria uma qualidade inerente a determinadas normas materiais do foro, que imporá a “extensão do domínio de aplicação destas mesmo a hipóteses ligadas por certos elementos de conexão a ordenamentos estrangeiros, em derrogação [das] normas de conflitos gerais porventura existentes no sistema” — normas estas que eram então chamadas de leis ou regras de ordem pública internacional. Tais normas seriam normas de garantia da paz social, de competência territorial mas de valor extra-territorial, no fundo leis gerais para todas as pessoas e situações jurídicas ⁽⁴⁸⁾.

Em todo o caso, e conforme bem observa o Professor Rui Moura Ramos, isto não quer dizer que o sistema de direito internacional privado

⁽⁴⁷⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 257 a 259, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 407, e RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, pp. 249 a 253. A concepção a posteriorística está consagrada no artigo 22.º do Código Civil — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, p. 589.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 257 e 258, e CARLOS FERNANDES, *op. cit.*, pp. 297 e 298. Tal como salienta Rui Moura Ramos, a rejeição desta concepção apriorística de ordem pública está, desde logo, bem patente no n.º 2 do artigo 22.º do Código Civil. Com efeito, nos termos desta disposição, caso não sejam aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos (por ofenderem os princípios fundamentais da nossa ordem pública internacional), serão, em primeiro lugar, aplicáveis “as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente” — cfr. RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, p. 250, nota de rodapé n.º 12.

português desconheça mecanismos que tendam a promover a aplicação da lei do foro ou de certos valores fundamentais. Apenas não é o mecanismo da ordem pública que desempenha essa função, mas sim as chamadas *regras de aplicação necessária ou imediata*, isto é, aquelas regras materiais que, face à importância dos interesses que visam proteger (e cuja tutela não se compadece com a aplicação de uma lei que não seja a *lex fori*), delimitam o seu próprio campo de aplicação, escapando assim ao controlo do direito de conflitos geral do sistema jurídico ⁽⁴⁹⁾.

Diga-se ainda que, embora o efeito directo da ordem pública internacional seja sempre negativo ou impeditivo (afastando a aplicação do preceito estrangeiro que, em princípio, seria aplicável), esta pode desempenhar duas funções: (i) uma *função proibitiva ou negativa*, nos termos da qual a ordem pública intervém de forma a evitar a constituição ou o reconhecimento em Portugal de uma determinada relação jurídica sujeita a um direito estrangeiro; (ii) uma *função permissiva ou positiva*, permitindo a constituição no país de uma situação jurídica que a lei estrangeira aplicável por si não iria autorizar ⁽⁵⁰⁾.

No que se refere às características da ordem pública internacional, costuma geralmente apontar-se-lhe a *excepcionalidade*, a *imprecisão* e a *actualidade*, bem como o seu *carácter nacional* ou relativo a um sistema jurídico determinado ⁽⁵¹⁾. Todas estas características já foram por nós,

⁽⁴⁹⁾ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, p. 250, e A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 161 a 165 e 409. Sobre esta matéria, veja-se ainda, por exemplo, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Les règles d’application immédiate dans le droit international privé portugais”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 129 a 157. Sublinhando a separação entre a ordem pública internacional e a temática das normas de aplicação necessária, veja-se LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, *op. cit.*, pp. 590 e 591.

⁽⁵⁰⁾ Vide A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 417 e 418, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 269, e ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, p. 179.

⁽⁵¹⁾ No que se refere às características da ordem pública internacional, veja-se, nomeadamente, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*,

de forma implícita, anteriormente aludidas. Gostaríamos apenas de sublinhar a característica da excepcionalidade, característica esta que é, desde logo, uma consequência da mencionada concepção aposteriorística; a ordem pública tem, assim, um carácter de excepção (à aplicação da lei que seria normalmente aplicável), intervindo *a posteriori*, como um elemento perturbador do sistema, um mal necessário que, como é evidente, se deverá reduzir ao mínimo.

Em todo o caso, importa ainda salientar que a ordem pública internacional manifesta-se *em concreto*, isto é, “perante o resultado a que conduza a aplicação do Direito ou de sentença estrangeiras”⁽⁵²⁾. Deste modo, em rigor, não poderemos dizer logo se certo instituto é ou não contrário à ordem pública internacional — teremos de simular a sua aplicação. Por exemplo, não se poderá dizer, *a priori*, que uma lei estrangeira viola a nossa ordem pública internacional pelo facto de conter elementos discriminatórios em função da raça, religião, etc. O que se pode dizer, desde logo, é que não será aceite uma solução discriminatória a que esta lei eventualmente conduza no caso concreto, por exemplo na hipótese de atribuir menos direitos ou impor mais deveres a uma pessoa em função da sua religião⁽⁵³⁾. É esta, de resto, a conclusão a que nos conduz o próprio n.º 1 do artigo 22.º do Código Civil, nos termos do qual não serão aplicáveis os preceitos da lei estrangeira competente “quando essa aplicação envolva ofensa” dos princípios fundamentais da nossa ordem pública internacional⁽⁵⁴⁾.

pp. 409 a 412, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 265 a 268, e RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, pp. 257 e 258.

⁽⁵²⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, pp. 271 e 272. O mesmo se poderá dizer, aliás, a respeito da ordem pública interna, isto é, também a ordem pública interna funciona em concreto — cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 321, e JORGE MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, p. 662.

⁽⁵³⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, *op. cit.*, p. 589.

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, veja-se JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 265. Também Isabel de Magalhães Collaço, ao caracterizar a excepção de ordem pública internacional, destaca que esta excepção se manifesta “na sua aplicação ao caso concreto” (ISABEL DE

III — No seio do nosso ordenamento jurídico, a ordem pública internacional encontra-se consagrada, desde logo, no artigo 22.º do Código Civil (artigo já por nós anteriormente referenciado), funcionando como um *limite à aplicação do direito estrangeiro*. Com efeito, nos termos desta disposição legal, os preceitos da lei estrangeira, indicados pela norma de conflitos, não serão aplicáveis quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da nossa *ordem pública internacional* (n.º 1) — caso em que serão então aplicáveis as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português (n.º 2).

A verdade, porém, é que, conforme fomos já anteriormente referindo, a excepção de ordem pública internacional não funciona apenas como um limite à aplicação do direito estrangeiro, podendo também funcionar como um limite ao reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro⁽⁵⁵⁾. Assim se compreende o disposto na alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil (revisão de sentenças estrangeiras), nos termos do qual para que a sentença estrangeira seja confirmada será necessário que a mesma “não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da *ordem pública internacional* do Estado Português”⁽⁵⁶⁾.

MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 419). Salientando isto mesmo, veja-se também, por exemplo, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume I, p. 69, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado” e “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, ambos in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 110-111 e 347, respectivamente, e, na cena internacional, PIERRE LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, *op. cit.*, p. 262.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, *op. cit.*, p. 588 e *Direito Internacional Privado*, volume I (1.ª edição), Almedina, Coimbra, 2003, p. 465.

⁽⁵⁶⁾ Anteriormente à reforma do Código de Processo Civil operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, apenas se fazia referência à “ordem

Neste sentido, e tal como bem salienta a este respeito o Professor António Menezes Cordeiro, importa observar que, muito embora na sentença estrangeira não exista propriamente um problema de determinação da lei aplicável, ainda assim nos deparamos aqui, de forma clara, com uma questão/preocupação de direito internacional privado: a questão de saber até que ponto a sentença de um tribunal estrangeiro pode ter, em Portugal, a força soberana que assumem as sentenças dos tribunais nacionais ⁽⁵⁷⁾. Ou seja, a inspiração desta alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil, no fundo, é idêntica à do artigo 22.º, n.º 1, do Código Civil ⁽⁵⁸⁾. O mesmo se diga, aliás, a respeito dos artigos 1651.º, n.º 2, do Código Civil (casamentos sujeitos a registo), e 6.º, n.º 1, do Código de Registo Civil (actos lavrados pelas autoridades estrangeiras) — outros preceitos legais onde a ordem pública internacional se encontra igualmente consagrada ⁽⁵⁹⁾.

pública”. O Decreto-Lei n.º 329-A/95 — seguindo a proposta de Ferrer Correia e Ferreira Pinto — veio aperfeiçoar o teor desta alínea *f*), esclarecendo, assim, que a ordem pública aqui em causa é a ordem pública internacional. Sobre a mencionada alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil, veja-se, particularmente, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, pp. 344 a 349, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 482 e 483, RUI MOURA RAMOS, *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 45 e “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, pp. 255 e 256, e CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 223-224 e 403.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, p. 260.

⁽⁵⁸⁾ Vide A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 483.

⁽⁵⁹⁾ Nos termos do n.º 1 do artigo 1651.º do Código Civil, é obrigatório o registo: dos casamentos celebrados em Portugal por qualquer das formas previstas na lei portuguesa, dos casamentos de português ou portugueses celebrados no estrangeiro, bem como dos casamentos dos estrangeiros que, depois de o celebrarem, adquiram a nacionalidade portuguesa. Em todo o caso, nos termos do n.º 2 da citada disposição legal, “são admitidos a registo, a requerimento de quem mostre legítimo interesse no assento, quaisquer outros casamentos que não contrariem os princípios fundamentais

Por fim, importa ainda termos presente o regime de convenções internacionais de que Portugal seja parte. Uma dessas convenções, que merece aqui particular destaque, é a famosa Convenção de Nova Iorque (Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958) ⁽⁶⁰⁾. Com efeito, nos termos do artigo V, n.º 2, alínea *b*), o reconhecimento

da *ordem pública internacional* do Estado português”. Pires de Lima e Antunes Varela salientavam, a este respeito, que o caso mais vulgar de interesse legítimo no registo era o do estrangeiro, residente em Portugal, que pretendia obter um meio fácil de fazer a prova do seu estado (PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume IV, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 215).

O n.º 1 do artigo 6.º do Código de Registo Civil, por sua vez, estabelece que “os actos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respectiva lei e mediante a prova de que não contrariam os princípios fundamentais da *ordem pública internacional* do Estado Português”.

Quer num caso, quer no outro, parece-nos, existe a mesma preocupação de direito internacional privado que encontramos na alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil, e a mesma inspiração do artigo 22.º, n.º 1, do Código Civil. Aliás, no que concretamente se refere ao artigo 1651.º, n.º 2, do Código Civil, importa salientar, com Carlos Fernandes, que é no sector dos direitos de família que a excepção de ordem pública internacional “mais é invocável e invocada, dadas as ainda substanciais divergências entre os diversos sistemas jurídicos quanto a estes direitos, incluindo casamento e divórcio, mesmo em países de civilização muito semelhante” (CARLOS FERNANDES, *op. cit.*, p. 290).

⁽⁶⁰⁾ A Convenção de Nova Iorque tem como antecedente histórico o Protocolo de Genebra de 24 de Setembro de 1923 (cláusulas de arbitragem) e a Convenção de Genebra de 26 de Setembro de 1927 (execução das sentenças arbitrais estrangeiras) — instrumentos em relação aos quais Portugal esteve vinculado até 16 de Janeiro de 1995, data em que a Convenção de Nova Iorque entrou em vigor no nosso país e substituiu os mencionados Protocolo e Convenção de Genebra (artigo VII, n.º 2, da Convenção de Nova Iorque). Sobre a Convenção de Genebra de 1927 e a evolução histórica da Convenção de Nova Iorque, veja-se, particularmente, MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO, “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, in *Revista Jurídica*, n.º 20 (1996), AAFDL, Lisboa, pp. 37 a 39, e MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 437 a 439.

e execução de uma sentença arbitral estrangeira pode — entre outros motivos — ser recusado pelo Estado do foro, caso tal reconhecimento e execução sejam contrários à sua “*ordem pública*”. Muito embora a Convenção de Nova Iorque se refira apenas à “*ordem pública*” e não à ordem pública internacional, a doutrina vem entendendo, unanimemente, que o que está aqui em causa é a *ordem pública internacional* ⁽⁶¹⁾ — o que se compreende bem, aliás, uma vez que estamos aqui diante de uma questão/preocupação de direito internacional privado (respeitante ao reconhecimento e execução, em Portugal, de uma sentença arbitral estrangeira), em tudo semelhante à que vimos surgir a propósito da alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil. Em todo o caso,

⁽⁶¹⁾ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 74, PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, volume II, Setembro de 2007, Lisboa, p. 653 e in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 154, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 277 e “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequência”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 187, DÁRIO MOURA VICENTE, “Portugal e a arbitragem internacional” e “Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico”, ambos in *Direito Internacional Privado — Ensaio*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 288 e 344, e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 522. Neste sentido, e agora na jurisprudência, veja-se, por exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2003 (Relator Pires da Rosa, processo 03B1604) e de 02/02/2006 (Relator Oliveira Barros, processo 05B3766), ambos in <http://www.dgsi.pt/>. No plano internacional, muitos são os Autores que sustentam, igualmente, que a aceção de ordem pública prevista no artigo V, n.º 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque, é a de ordem pública internacional; veja-se, por exemplo, PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 996, HERBERT KRONKE / PATRICIA NACIMIENTO / DIRK OTTO / NICOLA CHRISTINE PORT, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 17, 18 e 365 a 367, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p. 337 (nota de rodapé n.º 21), NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *op. cit.*, pp. 658 e 659, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, p. 2836.

e com vista a que não restassem quaisquer dúvidas quanto a este ponto, a Lei de Arbitragem Voluntária veio, no artigo 56.º, n.º 1, alínea b), ii), consagrar expressamente a ofensa à “*ordem pública internacional*” como fundamento de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem localizada no estrangeiro ⁽⁶²⁾.

E) Conclusão — distinção entre ordem pública interna e excepção de ordem pública internacional

Analisadas, brevemente, as acepções de ordem pública interna e internacional, vemos que as mesmas se distinguem, essencialmente, pela sua *função* ⁽⁶³⁾, respondendo a excepção de ordem pública internacional, no fundo, a uma preocupação do Direito Internacional Privado.

A este respeito, constatámos que, não obstante a ordem pública interna ser constituída por normas e princípios jurídicos que formam os quadros fundamentais do sistema, não podendo ser derogados pela vontade dos indivíduos, a verdade, porém, é que, em numerosas situações em que está em causa a aplicação de lei estrangeira, esses mesmos princípios deixam de operar (ou operam de uma forma mais limitada).

Vimos que, por um lado, quando está em causa a aplicação de lei estrangeira (ou o reconhecimento de uma decisão estrangeira dos efeitos de um acto público estrangeiro) tem de existir uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro, assentando o Direito Internacional Privado, justamente, no princípio do respeito pela diver-

⁽⁶²⁾ Não obstante o artigo 56.º da Lei de Arbitragem Voluntária — artigo que elenca os fundamentos de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira — ter tido, claramente, como fonte inspiradora o artigo V da Convenção de Nova Iorque, bem como o artigo 36.º da Lei-Modelo UNCITRAL, a verdade é que o mesmo foi mais longe do que as referidas Convenção e Lei-Modelo, tendo assim deixado claro que a acepção de ordem pública aqui em causa é a de *ordem pública internacional*.

⁽⁶³⁾ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, volume I, 11.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 310, e Carlos FERNANDES, *op. cit.*, p. 296.

sidade de regulamentações e no reconhecimento da diferença entre as várias ordens jurídicas. Mas, por outro lado, esta maior tolerância para com a lei estrangeira não é sinónimo de subserviência total, não passando o legislador nacional à lei estrangeira um “cheque em branco”. Assim, e porque a remissão para uma lei estrangeira pode traduzir-se numa perturbação inadmissível ao nosso sistema jurídico (podendo representar uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna), torna-se necessário dotar o juiz de um meio ou expediente que lhe permita afastar a aplicação de uma norma de direito estrangeiro nesse tipo de situações: a ressalva, reserva ou excepção de ordem pública internacional. A função desta é, assim, a de afastar a aplicação do direito estrangeiro quando seja expectável que o resultado dessa aplicação ao caso concreto resulte numa lesão grave para a harmonia e equilíbrio da nossa ordem jurídica (concepção aposteriorística). Ou seja, no fundo, a excepção de ordem pública internacional funciona como um direito de veto ao dispor do juiz.

Dito isto, estamos já em condições de compreender que ordem pública interna e internacional se distinguem, também (pelo menos em teoria, como concluiremos no final), pelo seu *conteúdo*, apresentando esta última um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna. Com efeito, a ordem pública internacional “abrange apenas alguns dos princípios ou normas jurídicas que integram a [ordem pública interna], mais precisamente, aquelas de cuja defesa um ordenamento jurídico não abdica ou cuja violação não pode tolerar, mesmo quando se trate de uma solução plurilocalizada (i.e., conexas com vários ordenamentos jurídicos) e, por isso, possa ser estrangeiro o direito chamado a regê-la” ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁴⁾ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 43. Salientando, igualmente, o conteúdo mais restrito da excepção de ordem pública internacional, veja-se, por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 319, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 276 e 277, ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 53, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume I, *op. cit.*, p. 465, e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 162.

E daí que seja habitual afirmar, e bem, que a ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna ⁽⁶⁵⁾. Neste sentido, é comum também afirmar que as normas e princípios de ordem pública internacional são normas e princípios de ordem pública interna, mas o inverso não é verdadeiro, ou seja, nem todas as normas e princípios de ordem pública interna são de ordem pública internacional ⁽⁶⁶⁾. Se quisermos recorrer a uma expressão figurativa e representar estas duas acepções de ordem pública através de dois círculos concêntricos, poderemos dizer que o círculo exterior (mais amplo e de maior diâmetro) corresponde à ordem pública interna e o círculo interior (mais restrito e de menor diâmetro) corresponde à exceção de ordem pública internacional. Ora, tudo o que se compreende no círculo menor está compreendido no círculo maior, mas o contrário já não se verifica ⁽⁶⁷⁾.

4. DA ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA

Analisados, sumariamente, a noção, conteúdo e efeitos da ordem pública, bem como as suas diferentes acepções (interna e internacional), importa agora vermos — em resposta às questões que formulámos inicialmente — qual o papel que a ordem pública desempenhará na arbitragem voluntária e, particularmente, o que acontece ao processo arbitral sempre que ofenda a ordem pública.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *op. cit.*, p. 954, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 276, e ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 52 e 53.

⁽⁶⁶⁾ Vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 256 e 261, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 260. Neste sentido, podemos também concluir que uma regra que não pertença à ordem pública interna não pode ser considerada como uma regra da ordem pública internacional — cfr. PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *op. cit.*, p. 954, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 276, e ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 53.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 442, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 43, e LUÍS BARRETO XAVIER, *op. cit.*, p. 71.

Na vigência da anterior lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 31/86), pura e simplesmente não existia qualquer referência à ordem pública; omissão esta que era particularmente sentida no artigo 27.º, artigo que elencava, de forma taxativa, os fundamentos de anulação da decisão arbitral. E daí que a nossa doutrina cedo tivesse questionado se se poderia ou não admitir a validade de um processo ou de uma decisão arbitral que contrariassem a cláusula geral de ordem pública (leia-se, ordem pública interna) ⁽⁶⁸⁾. Levantando a questão, a Professora Paula Costa e Silva de imediato deu também a resposta (totalmente correcta, a nosso ver): “funcionando a ordem pública como limite à aplicação do Direito pelo tribunal judicial, tal limite não pode ser derogado através do recurso ao processo arbitral. Assim, sempre que se verifique a violação de uma regra de ordem pública, concluir-se-á, necessariamente, pela nulidade directa ou derivada da sentença arbitral” — nulidade esta que deverá ser invocada na acção de anulação, ou em sede de recurso (caso haja, claro, possibilidade de recurso) ou, se for o caso, na oposição à execução ⁽⁶⁹⁾.

Mais recentemente (mas ainda na vigência da Lei n.º 31/86), também Manuel Pereira Barrocas não hesitava em afirmar a “importância central” da ordem pública na arbitragem, entendendo que a mesma se manifesta perante as partes (na definição do que elas podem ou não acordar na convenção de arbitragem), perante os árbitros (na fixação dos

⁽⁶⁸⁾ Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, vol. III, 1992, Lisboa, p. 944.

⁽⁶⁹⁾ PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 944 e 947 (nota de rodapé n.º 137). Ao contrário do que sucede em Portugal, em algumas leis de arbitragem estrangeiras seria possível — no caso de nulidade da decisão arbitral por ofensa a princípios de ordem pública — deduzir um pedido autónomo de declaração de nulidade; é o que acontece, por exemplo, com a Lei de Arbitragem Voluntária *interna* de Macau (artigo 37.º, n.º 1, alínea *d*) e n.º 3 do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho). Sobre este ponto, veja-se CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES / ÁLVARO ANTÓNIO MANGAS ABREU DANTAS, *Justiça arbitral em Macau. A arbitragem voluntária interna. Anotações ao Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2010, pp. 200 a 204.

termos da sua actuação) e perante os juízes (no controlo da sentença arbitral) ⁽⁷⁰⁾.

A jurisprudência, embora escassa quanto a este ponto, também parece perfilhar o entendimento de que uma decisão arbitral que viole directamente a ordem pública não poderá vingar. Assim (bem) decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa por Acórdão de 29/11/2007, decisão que viria a ser confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 ⁽⁷¹⁾ — ambos os Acórdãos, de resto, seguem de muito perto a posição de Paula Costa e Silva.

A actual Lei de Arbitragem Voluntária, ao contrário do que vimos suceder na anterior lei, passou a referir-se directamente à ordem pública em vários momentos:

- (i) a respeito da *transacção* a que as partes possam chegar no decurso do processo, transacção cujo conteúdo não poderá infringir “algum princípio de *ordem pública*” (sob pena, desde logo, de a transacção das partes não ser homologada), nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 41.º;
- (ii) na *impugnação da sentença arbitral*, podendo a referida sentença ser anulada caso o tribunal constate que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da *ordem pública internacional* do Estado português”, nos termos do controverso ponto *ii*) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º — o ponto mais polémico do projecto que originou a presente lei de arbi-

⁽⁷⁰⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 450.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/11/2007 (Relatora Maria José Mouro, processo 5159/2007-2) e subsequente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (Relator João Camilo, processo n.º 08A1698), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>. O mencionado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (que confirmou a também já referida decisão da Relação de Lisboa) foi objecto de uma anotação pelas Professoras Assunção Cristas e Mariana França Gouveia — cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 48 a 56.

- tagem ⁽⁷²⁾ e que será merecedor da nossa particular atenção mais à frente;
- (iii) na *arbitragem internacional*, podendo ser anulada a sentença que conduza “a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da *ordem pública internacional*”, segundo o artigo 54.º;
 - (iv) a respeito do *reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, podendo tal reconhecimento e execução ser recusado caso o mesmo conduza “a um resultado manifestamente incompatível com a *ordem pública internacional* do Estado português” (artigo 56.º, n.º 1, alínea *b*), *ii*), ponto a que, aliás, já anteriormente nos havíamos referido);
 - (v) por fim, podemos ainda considerar uma referência indirecta no artigo 48.º (fundamentos de *oposição à execução*), na medida em que o mesmo remete para o mencionado ponto *ii*), alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º, isto é, para a anulação da sentença arbitral por ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado português.

Em todo o caso, não obstante as referências expressas à ordem pública, agora presentes na nova lei, ainda assim, e como não podia deixar de ser, os problemas atinentes à noção, conteúdo, efeitos e aceções da ordem pública — conjugados com a natureza contratual privada da arbitragem — mantêm bem vivo o tema. Neste sentido, e em consonância com o entendimento da Professora Paula Costa e Silva na vigência da anterior lei ⁽⁷³⁾, a questão da ofensa à ordem pública continua sobretudo a colocar-se, parece-nos, em três momentos: ao nível da *convenção de arbitragem*, no decurso do *processo arbitral* e a respeito do *conteúdo da sentença arbitral*.

⁽⁷²⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94.

⁽⁷³⁾ Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 945.

Será em relação a cada um destes momentos que iremos, de seguida, prosseguir na nossa análise.

4.1. A ordem pública na convenção de arbitragem

I — É sabido que nem todos os litígios podem ser submetidos à arbitragem ⁽⁷⁴⁾. Na verdade, também na arbitragem voluntária a autonomia da vontade encontra limites — desde logo, adiantamos já, os que resultam da ordem pública. Interessa, assim, apurar o que é que pode ou não ser submetido à arbitragem voluntária e como se manifesta aqui a ordem pública. Entramos, deste modo, no campo da arbitrabilidade.

A questão da arbitrabilidade surge-nos em dois tipos de situações: falamos da arbitrabilidade subjectiva ou “*ratione personae*” e da arbitrabilidade objectiva ou “*ratione materiae*” ⁽⁷⁵⁾.

A primeira diz respeito à qualidade das partes e à questão de saber se todas as partes de uma convenção de arbitragem têm ou não capacidade para se vincularem ao litígio arbitral. O problema tem-se levantado, sobretudo, relativamente às controvérsias em que sejam partes Estados e outras entidades públicas — questão que está resolvida no n.º 5 do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária segundo o qual “o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado” ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 317.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. PHILIPPE FOUCARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *op. cit.*, pp. 312 e 313.

⁽⁷⁶⁾ Sobre esta matéria, veja-se, por exemplo, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 103, 104 e 116 a 119, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 215, 219 e 220, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 117 e 118, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lex, Lisboa, 1995, pp. 229 e ss., e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 29 a 31. Além da citada disposição da Lei de Arbitragem Volun-

A arbitrabilidade objectiva, por sua vez, diz respeito à natureza do objecto do litígio e à circunstância de, como dissemos, nem todos os litígios poderem ser objecto de uma convenção de arbitragem e, como tal, poderem ser resolvidos por arbitragem.

É aqui que se revestirá de capital importância o papel da ordem pública e o travão que impõe à autonomia da vontade das partes, na convenção de arbitragem. Será, assim, a arbitrabilidade objectiva que iremos analisar de seguida.

II — Conforme salientam Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman ⁽⁷⁷⁾, é perfeitamente compreensível que, em qualquer sociedade, o legislador determine que a resolução de certo tipo de litígios não possa ser entregue a um mecanismo privado de resolução de litígios, como sucede com a arbitragem voluntária. Isso acontece desde logo, e por exemplo, com as questões de estado ⁽⁷⁸⁾, bem como com o direito criminal.

A questão que se coloca sempre é a de saber como determinar o que é ou não arbitrável. Essencialmente, tal depende do grau de confiança que o legislador tenha no sistema arbitral como modo de resolução de conflitos ⁽⁷⁹⁾.

Ora, a este respeito, começaremos por diferenciar dois critérios: o *critério da disponibilidade do direito em causa* (consagrado no artigo 1.º,

tária, merecem também destaque os artigos 180.º, 182.º e 187.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, bem como a Resolução do Conselho de Ministros n.ºs 175/2001 de 28/12/2001 (cfr. DR I Série B, n.º 299) que promove, determina e recomenda a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação e a arbitragem, nas relações entre o Estado, ou outras entidades públicas, e os particulares.

⁽⁷⁷⁾ Vide PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *op. cit.*, p. 331.

⁽⁷⁸⁾ JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de Arbitragem — algumas notas”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 535.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *op. cit.*, p. 331.

n.º 1, da Lei n.º 31/86 ⁽⁸⁰⁾ e o critério da natureza patrimonial da pretensão, conjugado com o da transigibilidade do direito controvertido (presente nos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da nova Lei de Arbitragem Voluntária).

Ambos os critérios ressalvam, claro, os litígios que, por lei especial, estejam submetidos exclusivamente aos tribunais do Estado ⁽⁸¹⁾ ou a arbitragem necessária ⁽⁸²⁾ — tais litígios não poderão, assim, ser cometidos pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

Feita a ressalva, segundo o critério da disponibilidade qualquer litígio poderá ser submetido a arbitragem, desde que não respeite a “direitos indisponíveis”. Ora, a grande questão que aqui sempre se colocava era a de saber o que entender por “direitos indisponíveis”. A este respeito, entendia-se que serão indisponíveis os direitos que as partes não podem constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis. Assim, a título exemplificativo, seriam, à primeira vista, indisponíveis os direitos familiares pessoais, os direitos de personalidade e o direito de alimentos ⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Este critério encontra-se, igualmente, consagrado no direito francês (embora com uma particularidade a que faremos referência mais à frente), no direito italiano, no direito holandês e no direito espanhol, entre outros — cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 100.

⁽⁸¹⁾ Por exemplo, os casos de falência e de crime — *vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 85.

⁽⁸²⁾ É o caso, por exemplo, da arbitragem para fixação do montante da indemnização devida por expropriação, nos termos dos artigos 38.º e 42.º e ss. do Código das Expropriações (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 26) e do regime instituído pela recente Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, que sujeita a arbitragem necessária os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos.

⁽⁸³⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 105, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 119, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 99 e ss., e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência declarativa dos tribunais comuns*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 117 e 118.

“À primeira vista” dissemos, pois conforme bem observou o Professor Carlos Ferreira de Almeida, a verdade é que a disponibilidade ou indisponibilidade do direito deve-se aferir caso a caso e não instituto a instituto; e daí que, por exemplo, se afirmasse que “a exclusão global da arbitrabilidade de litígios relativos a direitos de personalidade, de família, sucessórios ou ao contrato de arrendamento não tem fundamento legal nem político, porque, em relação a todos estes institutos, há matérias susceptíveis e matérias insusceptíveis de decisão arbitral”⁽⁸⁴⁾. É este também o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 03/05/2007, nos termos do qual se reconheceu que, muito embora os direitos de personalidade sejam indisponíveis, isso não significa que a indemnização decorrente da sua violação o seja⁽⁸⁵⁾. Por sua vez, dentro da disponibilidade de direitos, a doutrina diferenciava ainda os casos de indisponibilidade absoluta dos casos de indisponibilidade relativa⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 86 e 87. Salientando, igualmente, que o critério de arbitrabilidade deve ser concretizado de forma casuística, veja-se PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 922.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/05/2007 (Relator Pires da Rosa, processo 06B3359), *in* <http://www.dgsi.pt/>. Assim, segundo o referido Acórdão, “se se pode considerar que os direitos de personalidade são direitos indisponíveis (e, portanto, inarbitráveis as questões respeitantes ao seu conhecimento por força do que dispõem a al. e) do n.º 1 do art. 27.º e o art. 1.º da LAV), já não é indisponível o direito de acção tendente à indemnização por responsabilidade civil com fundamento na violação de qualquer desses direitos e muito menos indisponível a quantificação da eventual indemnização por danos causados por essa violação”.

⁽⁸⁶⁾ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, *in* *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 24 a 34, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 120 e 121, e JOANA GALVÃO TELES, “A arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, *in* *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, coordenação de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 65 e 130 a 132. Na jurisprudência, veja-se o relevante Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011 (Relator Abrantes Galdes, processo 3539/08.6TVLSB. L1-7), *in* <http://www.dgsi.pt/>.

O critério da disponibilidade não tardou, porém, a ser criticado, considerando-se que o mesmo era difícil e discutível, sendo a sua aplicação prática geradora de bastantes dúvidas ⁽⁸⁷⁾. Daí que tenha sido outro o critério de arbitrabilidade consagrado na actual Lei de Arbitragem Voluntária: referimo-nos ao *critério da natureza patrimonial da pretensão*, conjugado com o da *transigibilidade do direito controvertido*.

Este critério faz depender a arbitrabilidade do litígio da sua *natureza patrimonial*, e não já do seu carácter disponível (artigo 1.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária), entendendo-se que a pretensão tem natureza patrimonial quando for susceptível de uma avaliação pecuniária, isto é, sempre que estiver em causa um interesse pecuniário ou económico ⁽⁸⁸⁾. Em todo o caso, uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial será também válida, desde que as partes possam celebrar *transacção* sobre o

⁽⁸⁷⁾ Criticando, directamente, este critério de arbitrabilidade assente na disponibilidade de direitos, veja-se, por exemplo, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II (Dezembro de 2006), pp. 1262 e 1263 e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, *op. cit.*, pp. 24 a 34, RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 321, PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça — os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 87 e 88, e DÁRIO MOURA VICENTE, “Portugal e as convenções internacionais em matéria de arbitragem”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 79. Neste sentido, também o citado Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 11/01/2011 não deixa, justamente, de salientar que o referido critério é “difícil e discutível”, gerando a sua aplicação prática “bastantes dúvidas”. Em contrapartida, defendendo o critério da disponibilidade, veja-se LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 105, e JOANA GALVÃO TELES, *op. cit.*, pp. 131 a 133.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 105, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 118. O critério da patrimonialidade é, para António Sampaio Caramelo, o critério de aplicação mais simples e seguro, permitindo uma mais fácil identificação de matérias susceptíveis de submissão à arbitragem e possibilitando o seu alargamento máximo, até ao limite do que for razoável à luz dos valores fundamentais da nossa ordem jurídica (cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *op. cit.*, p. 1242).

direito controvertido (artigo 1.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem Voluntária). Neste sentido, entende-se que são insusceptíveis de transacção, nos termos do artigo 1249.º do Código Civil, os *direitos de que os respectivos titulares não podem dispor* e as questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos ⁽⁸⁹⁾. Ou seja, no fundo, e conforme bem observa a Professora Mariana França Gouveia, o subcritério da transacção acaba por ser o critério da disponibilidade, podendo assim afirmar-se que o critério da disponibilidade continua a ser utilizado enquanto segundo critério de arbitrabilidade ⁽⁹⁰⁾.

Influenciada neste ponto pelas leis alemã e suíça, concluímos, assim, que a Lei de Arbitragem voluntária consagrou aquele que é, possivelmente, o *critério de arbitrabilidade mais amplo no plano internacional* ⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾. Facto que justifica depois um adequado e proporcional controlo estadual, conforme referiremos adiante ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ Vide ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 16. O mesmo resulta, aliás, do artigo 299.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual não é permitida a transacção que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis.

⁽⁹⁰⁾ Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 119.

⁽⁹¹⁾ O critério da natureza patrimonial da pretensão encontra-se consagrado na lei alemã (artigo 1030.º, n.º 1, ZPO) e, no que se refere apenas à arbitragem internacional, na lei suíça (artigo 177.º, n.º 1, da Lei federal de Direito Internacional Privado). Tal como a nossa nova lei, a lei alemã combina o critério da natureza patrimonial da pretensão com o da disponibilidade do direito, admitindo serem arbitráveis pretensões não patrimoniais quando as partes possam acordar uma transacção sobre o objecto do litígio — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 105, e ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁹²⁾ Os critérios da disponibilidade do direito em causa e o da natureza patrimonial da pretensão são os principais critérios gerais de arbitrabilidade que encontramos a nível de direito comparado. De todo o modo, existem alguns casos particulares: por exemplo, o dos direitos inglês e dos EUA que não desenvolveram um critério geral de arbitrabilidade (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Deter-*

minação do Estatuto da Arbitragem, *op. cit.*, p. 106, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios, op. cit.*, p. 123).

Um caso particular, ainda, que merece aqui referência, é o da França, cuja lei combina o critério da disponibilidade com o da ordem pública — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem, op. cit.*, pp. 104 e 105, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *op. cit.*, pp. 1236 a 1241 e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, *op. cit.*, pp. 17 a 23, RAÚL VENTURA, *op. cit.*, pp. 322 a 324, JOANA GALVÃO TELES, *op. cit.*, pp. 62 e 63, ISABEL GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 139, 144 a 146, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.*, pp. 330 e 331, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume I, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 779 a 781. A este respeito, estabelece o artigo 2059.º do Código Civil francês que “toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition”. Por sua vez, nos termos do artigo 2060.º do referido diploma legal, “on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et *plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*”. Conforme constatamos da parte final da citada disposição legal, o direito francês parte de uma concepção muito restritiva. Deste modo, numa fase inicial, as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram marcadas, pura e simplesmente, pela rejeição da primeira pela segunda. Ou seja, em presença de uma norma de ordem pública, qualquer possibilidade de arbitragem era logo excluída. Bastava, assim, a invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública para excluir a sujeição do litígio à arbitragem (cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *op. cit.*, p. 1236 e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, *op. cit.*, p. 18; esta tese extrema é categoricamente rejeitada por RAÚL VENTURA, uma vez que “a impossibilidade de um tribunal arbitral interpretar e aplicar qualquer disposição legal imperativa levaria a resultados muito inconvenientes” — *op. cit.*, p. 324). Como não poderia deixar de ser perante uma concepção tão restritiva, a jurisprudência francesa evoluiu no sentido da flexibilização deste critério. Assim, actualmente, a reserva de ordem pública só constitui um limite excepcional à arbitrabilidade. Com excepção daquelas matérias relativamente às quais a ordem pública impede que sejam apreciadas por um juiz privado, em si mesmo “o carácter de ordem pública das normas aplicáveis não poder ser causa de inarbitrabilidade do litígio” (*vide* ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *op. cit.*, pp. 1239 e 1240, e “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, *op. cit.*, p. 21, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem, op. cit.*, p. 104, e FOUCHARD/GAILLARD/

III — Analisado o novo e amplo critério de arbitrabilidade consagrado na Lei de Arbitragem Voluntária, uma pergunta se impõe: *quid juris* se a convenção de arbitragem violar uma regra de ordem pública?

Consideremos o caso de uma convenção que atribua poderes ao tribunal arbitral para se pronunciar sobre uma matéria subtraída ao domínio da autonomia da vontade ⁽⁹⁴⁾. Neste sentido, imaginemos, por exemplo, um contrato de compra e venda de um coração. A e B celebram um contrato, nos termos do qual A vende o seu coração a B, tendo as partes acordado submeter um eventual litígio a um tribunal arbitral. Ou imaginemos, ainda, o caso de uma convenção que atribua competência criminal aos árbitros. Será tal convenção de arbitragem válida?

Na vigência da anterior lei de arbitragem, Paula Costa e Silva entendia que, se tal acontecesse, estaríamos perante uma situação de não arbitrabilidade do litígio ou perante um caso de incompetência do tribunal — em qualquer dos casos, haveria sempre fundamento para a anulação da sentença arbitral que viesse a ser proferida, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da Lei n.º 31/86 ⁽⁹⁵⁾.

GOLDMAN, *op. cit.*, p. 331). Conforme salienta António Sampaio Caramelo (“A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *op. cit.*, p. 1240), isto não significa, porém, dar ao árbitro carta branca quanto às matérias de ordem pública. O árbitro deve aplicar as regras inerentes à ordem pública e essa aplicação será, sempre, objecto de um controlo ao nível da sentença arbitral, a efectuar pela jurisdição estadual.

⁽⁹³⁾ Cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 52, e ISABEL GONÇALVES, “A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na Lei de Arbitragem Voluntária”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, coordenação de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 147 e 148.

⁽⁹⁴⁾ Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 945 (nota de rodapé n.º 127).

⁽⁹⁵⁾ Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 945. Repare-se que, conforme observa Raúl Ventura, a regra da autonomia da convenção de arbitragem (na nova lei de arbitragem presente no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, referindo-se à cláusula compromissória) poderá não responder completamente à questão — RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 325.

Com efeito, neste sentido podia desde logo invocar-se que os direitos subjacentes a tal convenção de arbitragem seriam *indisponíveis* e, como tal, não poderiam ser submetidos a arbitragem ⁽⁹⁶⁾. E o mesmo se poderá dizer, aliás, em relação ao actual subcritério da transigibilidade do direito controvertido, na medida em que as partes não poderão celebrar uma transacção se estiverem em causa direitos de que não possam dispor ou questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos (artigo 1249.º do Código Civil) ⁽⁹⁷⁾.

Face à actual Lei de Arbitragem Voluntária, a sentença arbitral que viesse a ser proferida neste litígio seria anulável, uma vez que estaríamos — de forma clara, parece-nos — perante um caso em que o objecto do litígio “não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do *direito português*” (artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), *i*). Com efeito, não há qualquer dúvida de que o exemplo que formulámos ofendia a ordem pública, nos termos do artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil, bem como os princípios constitucionais do direito à integridade física e do direito à vida (no caso do primeiro exemplo), princípios estes que densificam o conceito de ordem pública no Código Civil.

Em segundo lugar, tal sentença arbitral poderia ainda, eventualmente, ser anulada, se se demonstrasse que a convenção de arbitragem em causa “não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram” (artigo 46.º, n.º 3, alínea *a*), *i*).

Por fim, a anulação desta sentença poderia ainda ocorrer se o tribunal estadual constatasse que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português”, nos termos do controverso ponto *ii*) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º da nova lei.

Concluímos, deste modo, que, muito embora no citado artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária não se faça referência à ordem pública (tal como sucedia, de resto, com a anterior lei), isso não significa, evi-

⁽⁹⁶⁾ Cfr. RAÚL VENTURA, *op. cit.*, pp. 325 e 326.

⁽⁹⁷⁾ Neste sentido, veja-se ainda o artigo 41.º, n.º 1, parte final, da Lei de Arbitragem Voluntária.

dentemente, que uma convenção de arbitragem possa ofender uma regra de ordem pública ⁽⁹⁸⁾.

4.2. A ordem pública no decurso do processo arbitral

Vimos que a convenção de arbitragem não pode ofender uma regra de ordem pública. Não é só, porém, na fase genética do processo arbitral que o problema da ofensa à ordem pública se coloca. O mesmo poderá suceder no decurso do processo arbitral.

Segundo Paula Costa e Silva, na vigência da anterior lei de arbitragem, caso se verificasse a violação de uma regra de ordem pública, no decurso do processo arbitral, existiria “uma nulidade derivada da sentença, resultante do desrespeito de princípios fundamentais no decorrer do processo arbitral”; a sentença seria anulável nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º, conjugado com o artigo 16.º, da Lei n.º 31/86 ⁽⁹⁹⁾. Seria esse o caso, por exemplo, de o tribunal arbitral proferir a sua decisão sem que tivesse assegurado os direitos de defesa à parte vencida ⁽¹⁰⁰⁾.

Existem, na verdade, determinados princípios fundamentais que têm de ser sempre assegurados e respeitados no decorrer do processo arbitral. Algo que poderá nem sempre se verificar. Basta termos em conta a situação apreciada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2008 para concluirmos que assim é ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ Afirmando o papel da ordem pública ao nível da convenção de arbitragem, na vigência da anterior Lei n.º 31/86, veja-se, RAÚL VENTURA, *op. cit.*, p. 325, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 100 a 103, 107, 108, ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 49 e 52, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 251, e MARIA JOÃO MIMOSO, *op. cit.*, pp. 97 e 98.

⁽⁹⁹⁾ PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 945.

⁽¹⁰⁰⁾ PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, p. 945 (nota de rodapé n.º 128).

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2008 (Relator João Aveiro Pereira, processo 4213/2008-1), *in* <http://www.dgsi.pt/>.

Com efeito, neste caso estava em causa um litígio em que, em sede de primeira instância (centro de arbitragem institucionalizada ⁽¹⁰²⁾), haviam sido violados os princípios fundamentais do acesso ao direito e aos tribunais, da igualdade e do contraditório. Concretamente, estávamos perante uma situação na qual o julgamento teve lugar sem a intervenção do mandatário do autor e sem a possibilidade de este, portanto, contraditar a prova produzida e de ser ouvido antes da decisão tomada, não obstante o mesmo ter atempadamente comunicado e justificado a sua impossibilidade em estar presente na data marcada para audiência. Na verdade, o tribunal arbitral havia-se mostrado insensível face à referida comunicação, salientando que o seu regulamento de arbitragem não estabelecia nada a este respeito. O julgamento acabou, assim, por se realizar na ausência do advogado do autor, tendo a parte contrária obtido ganho de causa. O autor recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa.

A Relação de Lisboa julgou naturalmente procedente o recurso, tendo considerado que a audiência de julgamento deveria ter sido adiada e que o despacho do tribunal arbitral, que não atendeu o pedido de alteração da data de audiência, estava ferido de nulidade, pois uma decisão tomada com base num regulamento de arbitragem “não pode contrariar princípios fundamentais como o do acesso ao direito e aos tribunais e o do contraditório, nos termos dos arts. 16.º, als. *c*) e *d*), da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto”. Segundo a Relação de Lisboa, estávamos perante uma situação algo kafkiana, que revelava uma falta de sensibilidade e um excesso de formalismo do tribunal arbitral ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ O centro de arbitragem institucionalizada em questão era o CIMASA — Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis.

⁽¹⁰³⁾ O Tribunal da Relação de Lisboa considerou, resumidamente, que a sentença proferida pelo tribunal arbitral era nula: (i) por não ter sido respeitado o princípio do acesso ao direito e à tutela judicial efectiva — sendo que “o direito ao patrocínio judiciário não se satisfaz com a mera formalidade de constituição de mandatário no processo, têm de ser proporcionadas, em concreto, condições processuais para que este possa exercer efectivamente esse patrocínio”; e (ii) por inobservância do princípio do contraditório, uma vez que a presença do mandatário “é indispensável ao equilíbrio dos pratos da balança e à consecução de uma justiça não apenas formal”.

Conforme salientou António Menezes Cordeiro em anotação a este acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa veio assim, em devido tempo, repor a ordem e justiça num processo delas arredado, ressaltando o prestígio das arbitragens ⁽¹⁰⁴⁾. Repare-se que, atendendo à natureza contratual privada da arbitragem voluntária, sem dúvida que as partes podem definir as respectivas regras processuais aplicáveis ao caso e/ou escolher o regulamento de arbitragem que quiserem (dentro dos limites da lei e da ordem pública, claro). É o princípio da autonomia privada a funcionar. Mas há determinados princípios fundamentais que têm de ser sempre respeitados. É o caso, por exemplo, dos princípios da igualdade e do contraditório, princípios que poderemos considerar “verdadeiras regras bíblicas, em qualquer arbitragem”, devendo os árbitros, ao longo de todo o processo arbitral, tratar rigorosamente as partes por igual, nunca decidindo nada sem que ambas as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciarem — o que aqui não aconteceu ⁽¹⁰⁵⁾.

Refira-se por fim que, embora o autor tenha recorrido, a decisão arbitral em causa seria sempre anulável, com base na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º, conjugado com o artigo 16.º, alíneas *c*) e *d*), da Lei n.º 31/86.

O mesmo se diga a propósito da actual Lei de Arbitragem Voluntária. Também aqui esta sentença arbitral seria anulável nos termos do artigo 46.º, n.º 3, alínea *a*), ii) (conjugado com as alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 30.º) — disposição que, aliás, consagra idêntico regime ao do

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tribunal arbitral — falta de advogado — princípio do contraditório”, anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2008, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, I-II, 2009, p. 375

⁽¹⁰⁵⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tribunal arbitral — falta de advogado — princípio do contraditório”, *op. cit.*, p. 375. Sobre este acórdão da Relação de Lisboa, veja-se ainda ARMINDO RIBEIRO MENDES / SOFIA RIBEIRO MENDES, “Crónica de Jurisprudência Portuguesa em 2008”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, ano II (2009), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 261 a 263, e JOSÉ MIGUEL JÚDICE / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Tribunals must consider adversarial principle and access to justice”, in *International Law Office*, Maio de 2009.

artigo 27.º, n.º 1, c), da Lei n.º 31/86 ⁽¹⁰⁶⁾. Conforme salienta Mariana França Gouveia, essencialmente o que está aqui em causa é o respeito pelo *due process*, pelo processo equitativo conforme previsto na Constituição da República Portuguesa — garantia que é “parte da *ordem pública* do Estado Português, na sua vertente *processual*” ⁽¹⁰⁷⁾.

Vemos assim, em suma, que também no decurso do processo arbitral a violação de uma regra de ordem pública poderá acarretar a nulidade da sentença arbitral e, portanto, levar à sua anulação, nos termos do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), ii), conjugado com o n.º 1 do artigo 30.º ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 93, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 269.

⁽¹⁰⁷⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 269 e 253. É esta mesma, se lhe quisermos chamar, “*ordem pública processual*”, que vemos, por exemplo, presente na alínea e) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil (requisitos necessários para a confirmação de sentenças estrangeiras), nos termos da qual se exige “que o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem, e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes”. Neste sentido, veja-se ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, pp. 340 a 344, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 482, RUI MOURA RAMOS, *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*, *op. cit.*, pp. 44 e 45 e “*Lordre public international en droit portugais*”, *op. cit.*, p. 256 (nota de rodapé n.º 27), CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *op. cit.*, p. 403, LUÍS BARRETO XAVIER, *op. cit.*, p. 36 e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27/01/2011 (Relatora Isabel Rocha, processo 141/09.9YRGMR), in <http://www.dgsi.pt/>. O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro se refere, aliás, a esta noção de “ordem pública processual” a propósito da referida alínea e) do artigo 1096.º Referindo-se também à “ordem pública processual”, no desenrolar do processo arbitral e por referência aos referidos princípios fundamentais do artigo 30.º, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 181 e “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 47.

⁽¹⁰⁸⁾ Idêntico motivo para a acção de anulação poderá, ainda, ser encontrado no ponto iv) da mencionada alínea a), n.º 3, do artigo 46.º, caso o processo arbitral

Isto além de, claro, a anulação da sentença poder ainda ocorrer se o tribunal estadual constatar que o conteúdo da sentença arbitral “ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português”, nos termos do ponto ii) da alínea b), n.º 3, do artigo 46.º da Lei de Arbitragem Voluntária.

4.3. A ordem pública na sentença arbitral

Em sede de introdução do nosso trabalho, planeámos analisar qual o papel que a ordem pública desempenha na arbitragem voluntária e, particularmente, qual a consequência que uma ofensa à ordem pública acarreta para o processo arbitral. Neste sentido, debruçamo-nos sobre três casos em que mais vezes se poderá, eventualmente, assistir a uma ofensa da ordem pública na arbitragem. Analisados os primeiros dois desses casos (ofensa da ordem pública na convenção de arbitragem e no decurso do processo arbitral), resta apenas um: a violação de uma regra de ordem pública na sentença arbitral ⁽¹⁰⁹⁾.

O problema com que aqui agora nos deparamos é aquele em que a contrariedade com a ordem pública está contida na *própria sentença*, ou seja, no *conteúdo* desta. É o caso, por exemplo, de uma sentença proferida com fundamento em discriminação pela raça, religião, género ou pela convicção política de determinada pessoa — ou que admita qualquer um destes motivos como causa legítima de cessação de um contrato de prestação de serviços —, que reconheça negócios manifestamente usurários, que tenha sido obtida por corrupção ou suborno dos árbitros ou das testemunhas, que seja baseada em falsas declarações ou que viole regras do direito europeu da concorrência ^{(110) (111)}.

não seja conforme com a nova Lei de Arbitragem Voluntária (por exemplo, com o referido artigo 30.º, n.º 1).

⁽¹⁰⁹⁾ O problema será aqui tratado por referência a uma sentença arbitral proferida numa *arbitragem interna* (que será, indubitavelmente, o caso mais frequente) e não internacional (artigo 54.º da nova lei).

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 252, PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op.*

Estamos assim perante casos diferentes daqueles que vimos surgir a respeito da ofensa à ordem pública na convenção de arbitragem e no

cit., p. 945 (nota de rodapé n.º 129), e MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, p. 423. Referindo vários exemplos de sentenças arbitrais contrárias à ordem pública, veja-se, particularmente, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 167 a 176.

⁽¹¹¹⁾ No que se refere à possibilidade de sentenças arbitrais proferidas em violação de regras do direito europeu da concorrência, merece particular destaque o famoso Acórdão *Eco Swiss vs. Benetton* (*Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*, de 01/06/1999, processo C-126/97, *in* <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>), nos termos do qual o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a norma do artigo 81.º (actual artigo 101.º) do Tratado da UE faz parte das normas de ordem pública dos Estados-Membros. Neste sentido, e conforme relata António Sampaio Caramelo, “segundo o T.J., o direito comunitário impõe que a contrariedade da sentença arbitral a tais princípios e regras [do referido artigo 81.º] possa ser examinada pelo tribunal nacional que conheça do pedido de anulação de uma decisão arbitral com fundamento na violação da ordem pública, pelo que deve aquele tribunal anular essa decisão, se entender que ela é efectivamente contrária ao artigo 81.º do Tratado da UE (ou a outras normas de direito comunitário dotadas de idêntica imperatividade)”. Podemos assim concluir que “se as normas e princípios pertencentes ao direito comunitário da concorrência integram a «ordem pública» (interna e internacional) dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros da União e se é isento de dúvida que questões relativas à aplicação de tais normas podem suscitar-se em arbitragens internas (i.e., que não «ponham em jogo interesses do comércio internacional»), não pode excluir-se que os tribunais portugueses possam controlar o conteúdo das sentenças proferidas nessas arbitragens e anulá-las, se verificarem que essas normas não foram devidamente aplicadas pelos árbitros, fazendo com que o resultado dessas sentenças ofenda aquelas normas ou princípios” — ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 173 e 174. Sobre este Acórdão, veja-se, ainda, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 50 e 51, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 126 e 127, ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 51 e 52, CLÁUDIA TRABUCO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitrabilidade das questões de concorrência do direito português: the meeting of two black arts”, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 454 a 456, 485 e 486, MÁRIO MARQUES MENDES, “Arbitrabilidade de litígios em sede de Direito da Concorrência”, *in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 52 a 55, 59 e ss., e NUNO ANDRADE PISSARA / SUSANA CHABERT, *op. cit.*, pp. 216 a 221.

decurso do processo arbitral, isto é, perante casos em que o que está em causa não é uma convenção de arbitragem violadora da ordem pública, não se tendo igualmente verificado qualquer infracção à ordem pública ao longo do processo. O que se passou aqui foi que o árbitro, ao decidir sobre o mérito, violou princípios e normas de ordem pública.

Sendo assim, *quid juris* se a sentença arbitral violar a ordem pública? Será tal sentença válida? Ficará impune uma decisão arbitral proferida nestes termos?

A Lei n.º 31/86 nada referia quanto a este ponto. Como vimos, em momento algum esta Lei se referia à ordem pública, fosse na anulação da sentença arbitral, fosse em qualquer outro momento. Em todo o caso, embora a lei nada dissesse, e conforme *infra* melhor veremos, a doutrina (e alguma jurisprudência) salientavam em regra o papel central da ordem pública na arbitragem voluntária, no sentido de o processo arbitral não passar ao lado da ordem pública e de, conseqüentemente, a sentença arbitral poder ser anulada caso ofendesse a ordem pública.

Na Lei de Arbitragem Voluntária a resposta parece estar consagrada no controverso ponto ii) da alínea b), n.º 3, do artigo 46.º — aquele em relação ao qual já anteriormente nos referimos, como sendo “o ponto mais polémico” do projecto que originou a actual lei de arbitragem⁽¹¹²⁾. A mencionada sentença arbitral seria, assim, anulável caso o tribunal estadual verificasse (*ex officio*, independentemente, portanto, de alegação e prova das partes) que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da *ordem pública internacional* do Estado português”.

Porém, e atendendo a tudo o que anteriormente dissemos sobre a excepção ou reserva de ordem pública internacional — nomeadamente, o facto de esta ter surgido no âmbito do Direito Internacional Privado como um limite à aplicação da lei estrangeira (ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro), sendo esse o sentido em que está consagrada no nosso ordenamento

⁽¹¹²⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94.

jurídico (designadamente no artigo 22.º do Código Civil e na alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil) — fará sentido falar aqui em “ordem pública internacional”? Por outro lado, significará isto que o legislador excluiu a ordem pública interna como fundamento de anulação da sentença arbitral? E será tal possível? Neste sentido, ficará impune uma sentença arbitral que ofenda a nossa ordem pública interna?

Serão, particularmente, estas as questões a que procuraremos dar resposta neste capítulo. A complexidade das mesmas leva-nos, porém, a que prossigamos na nossa análise dividindo a problemática em vários pontos. Assim, começaremos por atentar na importância da acção de anulação, seguindo-se a análise da evolução legal que esta questão — ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral — conheceu entre nós e uma breve análise de direito comparado. Terminaremos com a crítica ao citado ponto ii) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º da nova lei.

A) A importância e a função da acção de anulação no processo arbitral

É sabido que os tribunais arbitrais são verdadeiros e próprios tribunais, estando expressa e constitucionalmente previstos como tais no artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa ⁽¹¹³⁾. É sabido, igualmente, que os mesmos exercem a função jurisdicional, julgando litígios, sendo a sentença arbitral equiparada à sentença de um tribunal estadual (artigo 42.º, n.º 7, da Lei de Arbitragem Voluntária) ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ Sobre a natureza dos tribunais arbitrais dentro da organização judiciária portuguesa, veja-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Revista Themis*, ano IX, n.º 16 (2009), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 194 a 201.

⁽¹¹⁴⁾ Quanto ao exercício da função jurisdicional pelos tribunais arbitrais, veja-se, por exemplo, o nosso “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 199 a 201. Conforme bem observa a Professora Mariana França Gouveia, esta equiparação da sentença arbitral à estadual não significa, porém, que as mesmas

Em todo o caso, importa descermos à terra e não esquecer que a arbitragem está ancorada numa ordem jurídica, ou seja, a mesma não se desenvolve num vazio jurídico, nem se desenvolve na estratosfera ⁽¹¹⁵⁾. Neste sentido, e conforme salienta a Professora Maria José Capelo, importa não esquecer que a lei de arbitragem voluntária (quer a actual, quer a anterior) não criou uma forma de julgar totalmente independente, não podendo nós negar e ignorar o cordão umbilical que existe entre a justiça arbitral e estadual — cordão umbilical este que leva a que a actuação dos árbitros se faça sempre sob o manto tutelar dos tribunais judiciais ⁽¹¹⁶⁾.

Na cena internacional, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e Martin Hunter salientam, justamente, que muito embora a relação entre os tribunais estaduais e arbitrais seja uma relação de parceria, de cooperação, não é uma parceria entre iguais. Desde logo, “os tribunais estaduais podem existir sem a arbitragem, mas a arbitragem não pode existir sem os tribunais estaduais” ⁽¹¹⁷⁾.

É neste contexto que assume particular relevância a *acção de anulação* enquanto meio de impugnação da sentença arbitral ⁽¹¹⁸⁾. Com efeito,

sejam iguais. Na verdade, elas “são realidades desiguais, com distintas fontes de legitimação, percursos processuais diversos e características variadas”. Pelo que seria absurdo uma equiparação absoluta entre estes dois tipos de sentenças. Acresce que as sentenças estaduais “são proferidas por órgãos de soberania, enquanto as decisões arbitrais emanam de privados, temporariamente incumbidos do exercício de poderes jurisdicionais de fonte privada” — MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 253.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 155 a 159.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei de arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo (breves considerações)”, *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1 — 1999, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 104.

⁽¹¹⁷⁾ NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *op. cit.*, p. 440.

⁽¹¹⁸⁾ A Lei de Arbitragem Voluntária, à semelhança da anterior, consagra três meios de impugnação da sentença arbitral: *acção de anulação*, *recurso* e *oposição à execução* (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*,

“a impugnação da decisão arbitral é a condição necessária da sua equiparação pública à sentença judicial. O Estado só reconhece decisões vinculativas de privados se puder controlar a sua validade, designadamente se puder verificar que foram respeitadas as regras mínimas do processo justo”⁽¹¹⁹⁾. É esta a razão de ser que leva a que o direito de requerer a anulação da decisão arbitral seja *irrenunciável* (artigo 46.º, n.º 5, da Lei de Arbitragem Voluntária), sendo o mesmo, no fundo, “condição de atribuição de força jurisdicional à sentença arbitral”⁽¹²⁰⁾.

O direito à acção de anulação é, em suma, um direito irrenunciável e inegociável, porque “provém de normas de interesse e ordem pública”, não podendo o Estado demitir-se do controlo último da legalidade dos actos do procedimento arbitral⁽¹²¹⁾. A natureza contratual privada tem, assim, como necessária contrapartida esta possibilidade de controlo pelos tribunais estaduais.

p. 244). De entre estes três meios, a acção de anulação é, sem dúvida, “o modo primordial de controlo da arbitragem” (PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “Fundamentos de anulação da sentença arbitral: perspectivas de *iure condito* e de *iure condendo*”, in *O Direito*, ano 142, V (2010), Almedina, Coimbra, 2010, p. 1058). Basta termos em atenção, conforme mais adiante será referido, que, em regra, na actual lei a sentença arbitral não é recorrível, sendo que a oposição à execução só será, evidentemente, relevante caso estejamos perante a execução de uma sentença arbitral.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 244. Neste sentido, salienta a Professora Paula Costa e Silva que “o sistema de vias de impugnação de decisões arbitrais concebido pelo legislador ordinário é o *teste último a que o intérprete deve sujeitar o instituto da arbitragem voluntária*, de modo a aperceber-se da autonomia efectivamente atribuída a esta forma de resolução de conflitos” — PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56 (1996), volume I, p. 180.

⁽¹²⁰⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 252.

⁽¹²¹⁾ ANTÓNIO QUIRINO DUARTE SOARES, “Impugnação de decisões arbitrais. A acção anulatória”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, Julho/Setembro 2009, p. 14. Sobre a irrenunciabilidade ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral, veja-se PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 968 e 969.

A acção de anulação é tão mais importante na nova Lei de Arbitragem Voluntária se atendermos, desde logo, ao simples facto de agora *em regra a sentença arbitral não ser recorrível* (salvo disposição em contrário das partes). Com efeito, inverteu-se (e bem) o regime supletivo previsto no artigo 29.º da anterior Lei n.º 31/86, segundo o qual, caso as partes não tivessem renunciado aos recursos ou autorizado os árbitros a julgarem segundo a equidade, da decisão arbitral caberiam “para o tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca”. Na actual Lei, o recurso passa, assim, a ser excepção na arbitragem. Deste modo, apenas se as partes tiverem “expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável” é que será possível recorrer-se (artigo 39.º, n.º 4, da Lei de Arbitragem Voluntária) ⁽¹²²⁾. Verificamos assim que, na prática, será possível, e aliás muito provável, depararmo-nos com situações em que a acção de anulação seja a única forma de reagir à violação de ordem pública (interna) pela sentença arbitral.

A isto acresce o já referido *amplo critério de arbitrabilidade* presente na nova Lei de Arbitragem Voluntária, que reforça, uma vez mais, o papel fulcral que a acção de anulação pode desempenhar. Entende-se, a este respeito, que deve existir uma correlação “entre o alargamento do campo da arbitrabilidade dos litígios e o reforço da necessidade de um

⁽¹²²⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, pp. 78 e 79, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 244, e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 40. Esta alteração foi, a nosso ver, inteiramente correcta, pois a verdade é que o recurso da decisão arbitral pode pôr em causa algumas das principais vantagens da arbitragem: desde logo, a celeridade e a confidencialidade do processo — *cf.* PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, *op. cit.*, p. 180. De resto, a ideia de a sentença arbitral não ser em regra recorrível é um princípio são, que já vem, aliás, do Direito Romano — *vide* A. SANTOS JUSTO, “A arbitragem no Direito Romano — breve referência ao Direito Português”, trabalho incluído nos presentes Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, ponto 2.4.2.

controlo estadual sobre o conteúdo da sentença final proferida pelos árbitros”⁽¹²³⁾. Neste sentido, tal como sustentam Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, ao permitir-se uma abertura das fronteiras da arbitrabilidade tem de se permitir também a possibilidade de encerrar essas fronteiras em caso de necessidade (desde logo, em caso de violação da ordem pública pela sentença)⁽¹²⁴⁾. E daí, uma vez mais, a importância que a acção de anulação pode desempenhar num processo arbitral.

B) A ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral — evolução legal

Já anteriormente referimos que a Lei n.º 31/86 em momento algum se referia à ordem pública. Essa ausência era particularmente sentida no artigo 27.º, n.º 1 — artigo que elencava, de forma taxativa, os fundamentos de anulação da decisão arbitral.

A omissão era desde logo estranha, uma vez que no Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho (lei de arbitragem voluntária anterior à Lei n.º 31/86), estava expressamente consagrada a contrariedade à “*ordem pública*” como fundamento de anulação da decisão arbitral⁽¹²⁵⁾ ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 49 e “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 158. Esta correlação compreende-se perfeitamente, pois, conforme salienta Gary Born, as questões de ordem pública têm-se levantado com bastante frequência na arbitragem internacional, em grande parte devido a critérios de arbitrabilidade mais amplos — *vide* GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, p. 2177.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 52, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 127 a 129 e 252. Veja-se, ainda, ISABEL GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 147 e 148.

⁽¹²⁵⁾ Artigo 31.º, n.º 1, do mencionado Decreto-Lei n.º 243/84: “A decisão arbitral só pode ser anulada, perante o tribunal judicial, com os seguintes fundamentos: a) Ser contrária à *ordem pública*; b) Não ser o litígio susceptível de julgamento pela via arbitral; c) Ter sido proferida por instância arbitral irregularmente constituída; d) Ser nula ou ter caducado a convenção de arbitragem; e) Haver excesso de poderes do tribunal ou omissão de pronúncia da decisão sobre questões de que o tribunal arbitral devesse conhecer; f) Conter disposições contraditórias; g) Ter sido obtida por fraude;

Ordem pública esta que o Professor António Marques dos Santos interpretava então como sendo a *ordem pública interna* ⁽¹²⁷⁾ (que é, aliás, esse o seu sentido normal e não o de excepção ou reserva de ordem pública internacional). Por razões que se desconhecem, porém, o referido preceito não chegou a transitar para a Lei n.º 31/86, e com ele o fundamento de anulação da violação de ordem pública ⁽¹²⁸⁾.

h) Violar o disposto no artigo 27.º, n.ºs 3, 5 e 6; *i)* Carecer de fundamentação; *j)* Ter sido baseada em prova reconhecidamente falsa ou declaração falsa por decisão judicial transitada em julgado; *k)* Ter sido descoberto, depois de proferida a decisão, documento ou outro meio de prova, retido pela parte contrária, capaz de nela influir decisivamente; *l)* Violar os princípios da contraditoriedade ou da igualdade das partes ou as regras imperativas do processo arbitral, com influência decisiva na decisão”. Como vemos, a violação da ordem pública surge logo em primeiro lugar, em lugar de destaque, na referida lista de fundamentos.

⁽¹²⁶⁾ O Decreto-Lei n.º 243/84 não teve uma vida feliz, tendo sido declarada a sua inconstitucionalidade orgânica, com força obrigatória geral, pouco mais de um ano depois de ter entrado em vigor. Sobre este Decreto-Lei, veja-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 20 a 22, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária. Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 256 a 258, ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, pp. 7 e 8, e MIGUEL GALVÃO TELES, “Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 7, n.º 24 (Janeiro-Março de 2010), coordenação: Arnaldo Wald, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo — Brasil, p. 130.

⁽¹²⁷⁾ Vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária. Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto”, *op. cit.*, p. 265 (nota de rodapé n.º 18).

⁽¹²⁸⁾ Comparando o citado artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 243/84 com o artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86, verificamos, facilmente, que este último artigo é muito mais parco em fundamentos de anulação. A razão de ser disto pode residir no facto de no Decreto-Lei n.º 243/84 em regra não ser admissível recurso (artigo 25.º — à semelhança do que sucede na nova Lei de Arbitragem), ao contrário da Lei

De todo o modo, não obstante o artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86 não referir — no seu elenco taxativo — a violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral, a verdade é que a doutrina cedo questionou se isto seria mesmo assim, ou seja, se a ordem pública não poderia constituir causa de anulação, atendendo desde logo à importância central desta cláusula geral. Embora com algumas diferenças entre si, a doutrina entendia, em geral, que a ofensa à ordem pública era efectivamente fundamento de anulação da sentença arbitral — caso em que estaríamos, assim, perante um fundamento adicional ao aparente catálogo taxativo do n.º 1 do artigo 27.º E a jurisprudência, embora escassa quanto a este ponto, também parecia ir nesse sentido, entendendo não poder vingar uma decisão arbitral que violasse a ordem pública ⁽¹²⁹⁾.

n.º 31/86 onde a regra é a da recorribilidade da decisão arbitral (artigo 29.º). A ausência, na Lei n.º 31/86, do fundamento de anulação da contrariedade à ordem pública pode residir justamente aqui: uma vez que a regra passou a ser a da recorribilidade, o legislador de 1986 entendeu que não se justificava o extenso catálogo de fundamentos de anulação do Decreto-Lei n.º 243/84, pois esses mesmos fundamentos de anulação (entre os quais a contrariedade à ordem pública) poderiam ser arguidos em sede de recurso. Neste sentido, também o Professor Dário Moura Vicente, na vigência da Lei n.º 31/86 (artigo 27.º, n.º 1), observa que, no que se refere às causas possíveis de anulação da sentença arbitral, “o legislador português foi manifestamente mais parcimonioso do que os seus congéneres estrangeiros”, justificando-se tal pelo “facto de se ter previsto, ao invés do que é tendência generalizada nas legislações de outros países, que em regra (excepto na arbitragem internacional) a decisão arbitral é susceptível de recurso” — DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional — direito aplicável ao mérito da causa*, *op. cit.*, p. 274.

⁽¹²⁹⁾ Assim entenderem, de forma clara (e a nosso ver correcta), os já referidos (*cf.*: ponto 4 do nosso trabalho, nota de rodapé n.º 71) Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/11/2007 (Relatora Maria José Mouro) e do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (Relator João Camilo), acórdãos que seguiram de perto a posição de Paula Costa e Silva. Já em sentido contrário parece ir o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/10/2006 (Relator Tibério Silva, processo 1465/2006-2, *in* <http://www.dgsi.pt/>); embora este acórdão não se tenha pronunciado de forma explícita sobre a questão, o mesmo parece implicitamente entender que o vício da violação da ordem pública não pode ser objecto de acção de anulação.

O que dividia, em concreto, a doutrina era a questão de saber qual a aceção de ordem pública que estaria aqui em causa: se a ordem pública interna ⁽¹³⁰⁾, se a excepção de ordem pública internacional ⁽¹³¹⁾.

Já a Associação Portuguesa de Arbitragem, diversamente, entendia que a violação de ordem pública não deveria ser invocada como fundamento de anulação da sentença arbitral ⁽¹³²⁾. E daí que, à semelhança

⁽¹³⁰⁾ Neste sentido, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 42 a 53 e “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 155 a 198, PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 944 e 945, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 249 a 253, ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 48 a 52, CLÁUDIA TRABUCO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 482 a 487, MÁRIO MARQUES MENDES, *op. cit.*, pp. 55 a 59, e MÁRIO RAPOSO, “Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem”, pp. 31 a 33 e “Uma nova lei de arbitragem? A propósito do anteprojecto APA”, pp. 53 a 58, ambos os artigos disponíveis em <http://arbitragem.pt/projectos/index.php>. Também os referidos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/11/2007 (Relatora Maria José Mouro) e do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (Relator João Camilo), ao seguirem de perto a posição de Paula Costa e Silva, parecem perfilhar o entendimento de que a ordem pública que deve ser considerada como fundamento de anulação da sentença arbitral é a ordem pública interna.

⁽¹³¹⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 274 a 281 e “Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequência”, *op. cit.*, pp. 187 a 190, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 74 (nota de rodapé n.º 27), MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 519 a 522, ANTÓNIO QUIRINO DUARTE SOARES, *op. cit.*, pp. 15 e 16, e PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 1083 a 1088.

⁽¹³²⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94. As razões para tal omissão eram três: o facto de a Lei n.º 31/86 não prever a violação da ordem pública como fundamento de anulação, o risco de reexame de mérito e a tese de não haver um regime idêntico para as sentenças judiciais, na hipótese de as partes renunciarem ao recurso — cfr. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, ano III (2010), Almedina, Coimbra, 2009, pg 212 (nota de rodapé n.º 156). Rebatendo de forma categórica e exímia esta argumentação, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 177 a 188, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 250 a 253.

da Lei n.º 31/86, a mesma continuasse a omitir a ofensa à ordem pública no elenco dos fundamentos de anulação nos três anteprojectos apresentados ⁽¹³³⁾ — não obstante, portanto, a posição maioritária da doutrina e jurisprudência que, como vimos, defendia o contrário. Tal entendimento não era, porém, unânime no seio da Associação Portuguesa de Arbitragem. Com efeito, o Dr. António Sampaio Caramelo (autor do texto inicial do primeiro anteprojecto e do texto base da actual lei) desde cedo se insurgiu contra esta posição ⁽¹³⁴⁾.

A Proposta de Lei n.º 48/XI (aprovada pelo Conselho de Ministros em 06/01/2011) ignorou a posição da Associação Portuguesa de Arbitragem quanto a este ponto, tendo consagrado assim, expressamente, que a sentença arbitral poderia ser anulada caso “o conteúdo da sentença contrarie os princípios da *ordem pública*” (artigo 44.º, n.º 4, alínea b)). Era esta, também, a solução preconizada no Projecto de Lei n.º 264/XI, apresentado pelo Grupo Parlamentar do CDS — projecto que pretendia apenas alterar algumas normas da Lei n.º 31/86, entre as quais o

⁽¹³³⁾ Os referidos anteprojectos encontram-se publicados na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, o primeiro no ano II (2009), pp. 205 a 241 e o segundo no ano III (2010), pp. 167 a 230, também disponíveis online em <http://arbitragem.pt/projectos/index.php> (o terceiro anteprojecto apenas está disponível online). Sobre a génese da actual Lei de Arbitragem Voluntária e o relevante papel desempenhado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, veja-se JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “The New Portuguese Arbitration Law”, in *ASA Bulletin*, volume 30, n.º 1 (2012), Kluwer Law International, 2012, pp. 7 e ss. e “The new Portuguese Arbitration is on the right track”, ponto 1, inédito, em curso de publicação na *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España, Madrid, e ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 5.

⁽¹³⁴⁾ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 42 a 53 e “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 155 a 198. A este respeito, esclareça-se ainda que o texto inicial, e as sucessivas versões que o mesmo conheceu até a versão final do primeiro anteprojecto, incluía a “ordem pública” como fundamento de anulação da sentença arbitral, ordem pública que António Sampaio Caramelo interpretava como sendo a *ordem pública interna* (ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 42 e 43).

artigo 27.º, acrescentando como fundamento de anulação da sentença arbitral a contrariedade “à *ordem pública*”⁽¹³⁵⁾. Estas propostas, como veremos *infra*, estavam assim em conformidade com a Lei-Modelo UNCITRAL e com o que sucede na maioria dos diferentes países.

A nova Lei de Arbitragem Voluntária, aparentemente, veio resolver o problema e debate doutrinal, tendo consagrado no ponto ii) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º que a sentença arbitral será anulável caso o tribunal estadual verifique (*ex officio*) que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da *ordem pública internacional* do Estado português”. Ao mesmo tempo, e pelo menos implicitamente, a actual Lei parece também excluir a possibilidade de a ordem pública interna ser invocada como fundamento de anulação. A esta conclusão conduz, desde logo, o elemento literal do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii)⁽¹³⁶⁾, bem como o elemento histórico⁽¹³⁷⁾.

C) A solução prevista na Lei-Modelo UNITRAL e no direito comparado

Acabámos de ver a evolução histórica que ocorreu, entre nós, a propósito da questão da ofensa à ordem pública como fundamento de anulação de uma sentença arbitral. Sabendo que a nova Lei de Arbitragem Voluntária foi fortemente influenciada pela Lei-Modelo UNCITRAL⁽¹³⁸⁾, qual será a solução que esta lei preconiza para o problema

⁽¹³⁵⁾ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 166 e 167.

⁽¹³⁶⁾ Além, claro, do próprio n.º 3 do artigo 46.º que estabelece a taxatividade dos fundamentos de anulação da sentença arbitral.

⁽¹³⁷⁾ Com efeito, vimos que na vigência da Lei n.º 31/86 era muito controvertida na doutrina a questão de saber qual das acepções de ordem pública seria fundamento de anulação: se a ordem pública interna, se internacional. Ora, poder-se-á aqui eventualmente entender que a nova lei resolveu pôr um ponto final a este debate, uma vez que se refere apenas à ordem pública internacional e não à ordem pública interna.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, pp. 6 e 8.

em análise? Por outro lado, e apesar de a noção e a distinção entre ordem pública interna e internacional não serem comuns à generalidade dos países, qual será a solução no direito comparado? Será que os inúmeros países, que também seguiram a Lei-Modelo, se referem aqui à ordem pública internacional? Ou, pelo contrário, será a solução consagrada em Portugal inédita?

Começando pela Lei-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI ou UNCITRAL) ⁽¹³⁹⁾ — a grande fonte inspiradora da nova lei —, constatamos que o legislador português se afastou da solução consagrada no artigo 34.º, n.º 2, alínea *b)*, ii), da Lei-Modelo, que prevê, expressamente, a anulação da decisão arbitral se se verificar que “a sentença contraria a *ordem pública* do presente Estado”. A Lei-Modelo refere-se, assim, apenas e só à *ordem pública*, o que foi, aliás, intencional. Com efeito, tal como nos relata

⁽¹³⁹⁾ Com o objectivo de promover a harmonização entre as diversas leis de arbitragem em todo o mundo, e assim facilitar o comércio internacional, a CNUDCI / UNCITRAL elaborou em 1985 (alterada pontualmente em 2006) uma “Lei-Modelo” que se destina a ser adoptada, ou adaptada, pelos diversos países que entenderem conveniente — foi o caso da Lei de Arbitragem Voluntária que seguiu de muito perto a Lei-Modelo, à semelhança do que muitos outros países já haviam feito. Sobre esta matéria veja-se MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, pp. 315 a 440, A. FERRER CORREIA, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 176 e 177, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A uniformização do direito da arbitragem através da adopção da Lei-Modelo da CNUDCI sobre a arbitragem comercial internacional”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 232 a 250, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume I, *op. cit.*, pp. 115 e ss. Sobre o Regulamento de Arbitragem da CNUDCI / UNCITRAL e a sua influência na Lei-Modelo, veja-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Nota sobre a revisão do Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional em 2010”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, ano IV (2011), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 251 a 256. Apesar de, certamente, não se poder dizer que a Lei n.º 31/86 fosse uma “Lei UNCITRAL”, importa ressaltar que o legislador de 1986 não permaneceu totalmente alheio a esta lei (DÁRIO MOURA VICENTE, “Voluntary Arbitration in Portugal”, in *Direito Internacional Privado — Ensaios*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 332), embora, claro, pudesse ter ido mais longe e seguido mais de perto a Lei-Modelo já nessa altura.

Aron Broches, aquando dos trabalhos preparatórios desta lei houve uma discussão (inconclusiva) sobre se se deveria restringir o conceito de ordem pública ao de ordem pública internacional (à semelhança da interpretação que se faz do artigo V, n.º 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque)⁽¹⁴⁰⁾. Após discussão entre as delegações de vários países, a solução final que veio a prevalecer foi a de não restringir o conceito ao de ordem pública internacional, fazendo-se assim referência, apenas, à “*ordem pública*”^{(141) (142)}.

⁽¹⁴⁰⁾ A este respeito, e tal como oportunamente salientámos no ponto 3., D), III, do presente trabalho (aquando da nossa breve análise sobre a consagração da excepção de ordem pública internacional no ordenamento jurídico português), nos termos do artigo V, n.º 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque, o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira pode ser recusado pelo Estado do foro, caso tal reconhecimento e execução sejam contrários à sua “*ordem pública*”. A doutrina nacional e internacional têm sido unânimes no entendimento de que o que está aqui em causa é a *ordem pública internacional*, algo que, tal como já referimos, se compreende bem, uma vez que estamos diante de uma questão/preocupação de direito internacional privado (respeitando ao reconhecimento e execução, em Portugal, de uma sentença arbitral estrangeira), em tudo semelhante à que vimos surgir a propósito da alínea *f*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil.

Os artigos 34.º (acção de anulação) e, particularmente, 36.º (fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras) da Lei-Modelo inspiraram-se no artigo V, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Nova Iorque, isto é, nos fundamentos de recusa de reconhecimento e execução previstos nesta convenção, procurando reflectir tais fundamentos — cfr. MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, pp. 416 e 417, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, “Public policy and Arbitrability”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (ICCA Congress Series, n.º 3)*, Kluwer Law International, 1987, pp. 188 e 189, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, pp. 2568, 2620 e 2621, e AMOKURA KAWHARU, “Articles 34 and 36 of the UNCITRAL Model Law on international commercial Arbitration: the court’s discretion”, inédito, in <http://www.ssrn.com/>. Daí que, em sede dos trabalhos preparatórios da Lei-Modelo UNCITRAL, se tenha levantado a questão de saber se a ordem pública do artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), ii), da Lei-Modelo, se deveria entender como ordem pública internacional.

⁽¹⁴¹⁾ Vide ARON BROCHES, “UNCITRAL — Commentary On The Model Law (1990)”, in Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1984 (última actualização 1990), suplemento n.º 11,

Em todo o caso, não foi só, porém, da Lei-Modelo que o legislador se afastou; o mesmo sucede a respeito do direito comparado. Com efeito, a violação da ordem pública (sem restrição à ordem pública internacional ⁽¹⁴³⁾) é expressamente prevista como causa de invalidade de uma sentença arbitral na *grande maioria dos países*; caso, por exemplo — e por referência apenas aos países geograficamente mais próximos de

pp. 164 e 172 e ss. Também outros autores, salientam, justamente, que a não utilização do conceito “ordem pública internacional” na Lei-Modelo foi uma opção deliberada e intencional dos redactores da referida lei — cfr. WINNIE (JO-MEI) MA, *op. cit.*, pp. 78 e 117.

⁽¹⁴²⁾ Note-se que, contrariamente ao que vimos suceder com o conceito de ordem pública da Convenção de Nova Iorque (artigo V, n.º 2, alínea *b*)), tanto quanto temos conhecimento a doutrina não interpreta a ordem pública do artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), ii), da Lei-Modelo, como “ordem pública internacional”. Discordamos, assim, com o devido respeito, da posição de Patrícia da Guia Pereira, segundo a qual a doutrina pendente para o entendimento de que, no artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), ii), da Lei-Modelo, “se trata da ordem pública internacional do Estado do lugar da arbitragem” (PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *op. cit.*, p. 1097). Com efeito, a doutrina que a Autora aí cita refere-se, apenas e tão só, ao artigo V, n.º 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque (e não ao artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), ii), da Lei-Modelo). De resto, parece-nos que os Professores Maria Ângela Bento Soares e Rui Moura Ramos, ao analisarem o artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), ii), da Lei-Modelo, interpretam justamente (pelo menos de forma implícita) o conceito de ordem pública na sua acepção de *ordem pública interna* (MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, pp. 422 e 423) — quando se fala, aliás, de ordem pública, o sentido normal é o de ordem pública interna e não o de excepção ou reserva de ordem pública internacional, que vimos surgir no âmbito do direito internacional privado quando está em causa a aplicação de lei estrangeira ou o reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro (caso do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira). Já o mesmo não se poderá dizer, porém, a respeito do artigo 36.º da Lei-Modelo, artigo este referente aos fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Aqui sim, estamos perante um caso típico de ordem pública internacional, à semelhança do seu preceito (gémeo) da Convenção de Nova Iorque (artigo V, n.º 2, alínea *b*)).

⁽¹⁴³⁾ Sendo que, conforme referimos, a noção de ordem pública não é comum à generalidade dos países, não o sendo igualmente a distinção entre ordem pública interna e internacional (aliás, em muitos casos essa distinção nem existe).

nós —, da Espanha, França, Inglaterra, Alemanha, Suíça, Bélgica e Holanda ⁽¹⁴⁴⁾. Isto mesmo é salientado, de resto, por vários Autores ⁽¹⁴⁵⁾. Ora, nenhum destes países, particularmente os que seguiram de perto a Lei-Modelo, restringiram o conceito ao de ordem pública internacional, como fez o nosso legislador.

Muito embora a consagração — no artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), da nova lei — da ofensa aos princípios da “ordem pública internacional” (e não apenas “ordem pública”) destoe da Lei-Modelo e do que sucede a nível de direito comparado, a verdade é que a solução da lei portuguesa não é, porém, totalmente inédita. Com efeito, também o Paraguai se afastou, neste ponto, da Lei-Modelo, estabelecendo no artigo 40.º, alínea *b*), 2.ª parte, da sua Lei n.º 1879/02 de Arbitragem e Mediação, que a sentença arbitral será anulável caso o tribunal constate que, segundo a lei paraguaia, “el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguay” ⁽¹⁴⁶⁾. Tanto quanto temos conhecimento, Portugal e o Paraguai parecem ser mesmo caso único no que a esta referência à ordem pública internacional diz respeito.

⁽¹⁴⁴⁾ Veja-se, respectivamente, os artigos: 41.º, n.º 1, *f*), da lei de arbitragem espanhola; 1486.º, n.º 6, do Código de Processo Civil francês; 68.º, n.º 2, alínea *g*) do Arbitration Act inglês de 1996; 1059.º, (2) 2b, do ZPO alemão; 190.º, n.º 2, alínea *e*) do capítulo 12 da Lei de Direito Internacional Privado Suíça, referente à arbitragem internacional; 1704.º, n.º 2, alínea *a*), do Code Judiciaire Belga; e 1065.º, n.º 1, alínea *e*), do Código de Processo Civil Holandês.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 48 e “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 179, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, pp. 2552 e 2553, 2620 e 2621 (nota de rodapé n.º 354).

⁽¹⁴⁶⁾ Sobre a citada alínea *b*) do artigo 40.º da lei paraguaia, veja-se JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, “Arbitraje comercial internacional en el Paraguay: marco legal y jurisprudencial”, in *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, coordenadores CRISTIAN CONEJERO ROOS / ANTONIO HIERRO HERNÁNDEZ-MORA / VALERIA MACCHIA / CARLOS SOTO COAGUILA, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Legis, Colômbia, 2009, pp. 590 a 593.

**D) A opção feita no artigo 46.º, n.º 3, alínea b), ponto ii)
— apreciação crítica**

I — Suscitámos o problema de saber o que acontece quando é a própria sentença arbitral ⁽¹⁴⁷⁾, o seu conteúdo, que viola a ordem pública. Para o efeito, concentrámo-nos sobre a polémica questão da violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral. Neste sentido, vimos a importância que a acção de anulação assume na arbitragem voluntária, a evolução legal que esta questão teve entre nós (com sucessivos avanços e recuos), bem como a solução prevista na Lei-Modelo UNCITRAL e no direito comparado.

Chegados aqui, cumpre perguntar: o que dizer do ponto ii) da alínea b), n.º 3, do artigo 46.º da Lei de Arbitragem Voluntária?

Nos termos desta disposição, a sentença arbitral será anulável caso o tribunal estadual verifique (*ex officio*) que “o conteúdo da sentença ofende os princípios da *ordem pública internacional* do Estado português”.

Ora, o citado preceito deixa-nos, antes de mais, algo estupefactos pela utilização, neste domínio, da acepção de ordem pública internacional. Com efeito, vimos que a reserva ou excepção de ordem pública internacional surgiu no âmbito do Direito Internacional Privado como um limite à aplicação da lei estrangeira ou ao reconhecimento dos efeitos de um acto público estrangeiro (caso do reconhecimento de uma decisão estrangeira) ⁽¹⁴⁸⁾. E, na verdade, é com este sentido que está consagrada no nosso ordenamento jurídico — artigos 22.º do Código Civil, 1096.º, alínea f), do Código de Processo Civil, 1651.º, n.º 2, do Código Civil e 6.º, n.º 1, do Código de Registo Civil, além do já referido artigo V, n.º 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque, de que Portugal é parte.

⁽¹⁴⁷⁾ Proferida numa arbitragem interna (e não internacional), tal como anteriormente ressaltámos (nota de rodapé n.º 109).

⁽¹⁴⁸⁾ Neste sentido, pode afirmar-se que a ordem pública internacional consubstancia um mecanismo próprio de Direito Internacional Privado — cfr. NUNO ANDRADE PISSARA / SUSANA CHABERT, *op. cit.*, p. 155.

Vimos a este propósito que, quando está em causa a aplicação de lei estrangeira (ou o reconhecimento dos efeitos de um acto público estrangeiro), tem de existir uma maior tolerância para com as regras do sistema jurídico estrangeiro, por força do princípio do respeito pela diversidade de regulamentações e no reconhecimento da diferença entre as várias ordens jurídicas, em que assenta o Direito Internacional Privado; tolerância esta que não é, em todo o caso, sinónimo de subserviência total. Na verdade, porque a remissão para uma lei estrangeira pode-se traduzir numa perturbação inadmissível ao nosso sistema jurídico (na conhecida expressão de Leo Raape, é um “Sprung ins Dunkel”, isto é, um salto no escuro, um salto no desconhecido), o juiz tem de ter ao seu dispor um meio ou expediente que lhe permita afastar a aplicação de uma norma de direito estrangeiro, quando seja expectável que o resultado dessa aplicação ao caso concreto resulte numa lesão grave para a harmonia e equilíbrio da nossa ordem jurídica. Esse meio ou expediente (no fundo, um direito de veto do juiz) é, justamente, a ressalva, reserva ou excepção de ordem pública internacional. É esta a função, e a razão de ser, da *excepção de ordem pública internacional*.

Dito isto, e uma vez que estamos agora a falar da consagração legal da aceção de ordem pública internacional no âmbito da anulação de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem interna (onde será quase sempre aplicável o direito português), porquê ordem pública internacional? Onde está aqui aquele “Sprung ins Dunkel” que justifica a existência desta aceção de ordem pública?

António Sampaio Caramelo oportunamente alertou para isto mesmo, salientando que “não é esta a aceção de ordem pública [ordem pública internacional] que releva quando se trata de decidir sobre a anulação de uma sentença arbitral proferida no território do Estado a que pertence o juiz competente para o efeito”⁽¹⁴⁹⁾. Neste sentido, também Mariana França Gouveia, após definir a função da ordem pública internacional como um limite à aplicação de regras de outros ordena-

⁽¹⁴⁹⁾ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 162.

mentos jurídicos, observa justamente que “não é isto que acontece com a ordem pública enquanto fundamento de anulação, na medida em que falamos de arbitragem interna onde terá sido na larga maioria dos casos aplicado direito português. Não se trata, portanto, de aferir da inadmissível aplicação de preceitos de direito estrangeiro, mas de ajuizar se a sentença arbitral decidiu conforme as regras que têm natureza de ordem pública internacional do Estado Português”.⁽¹⁵⁰⁾

A solução compreender-se-ia, por exemplo, se estivessemos no âmbito de uma arbitragem internacional, nos termos do artigo 54.º da Lei de Arbitragem Voluntária (sentença arbitral proferida no nosso país, caso em que não tem aplicação o artigo 55.º), onde, aliás, se dispõe que uma sentença possa ser anulada se conduzir “a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da *ordem pública internacional*”⁽¹⁵¹⁾.

Porém, não é esse o caso previsto no ponto ii) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º da Lei de Arbitragem Voluntária, tornando assim, com o devido respeito, muito estranha tal solução.

II — A aceção de ordem pública internacional prevista no citado ponto ii) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º, parece ainda revelar-se algo incongruente com outras disposições da Lei de Arbitragem Voluntária: referimo-nos aos artigos 41.º, n.º 1, e 54.º

Segundo o artigo 41.º, n.º 1, a transacção a que as partes, eventualmente, cheguem no decurso do processo arbitral não poderá infringir “algum princípio de *ordem pública*”. Vemos, deste modo, que o legislador refere-se apenas à *ordem pública*, ordem pública esta que interpretamos como sendo a *interna* — se fosse a internacional, o legislador tê-lo-ia dito, tal como o fez no polémico artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), bem como nos artigos 54.º e 56.º, n.º 1, alínea *b*), ponto ii).

⁽¹⁵⁰⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. cit., p. 277.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, op. cit., p. 103.

Mas se assim é, ou seja, se a ordem pública do artigo 41.º, n.º 1, é a interna, como entendemos que deve ser, então não faz sentido a restrição à ordem pública internacional prevista no artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii). Com efeito, isso implicaria que, caso o conteúdo da transacção a que as partes cheguem ofenda a ordem pública interna (e não internacional), a respectiva sentença homologatória (a existir) não poderá ser anulada, uma vez que o mencionado artigo 46.º restringiu este fundamento de anulação apenas à ordem pública internacional. E uma vez que na nova lei a regra é a da não recorribilidade da sentença arbitral, isto significaria, portanto, que tal sentença homologatória ofensiva da nossa ordem pública interna ficaria impune, formando caso julgado e constituindo título executivo.

Igualmente de interpretação difícil é a 2.ª parte do artigo 54.º, referente à arbitragem internacional. Nos termos deste artigo, “a sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional”. Uma vez que a 1.ª parte deste artigo 54.º remete para os fundamentos de anulação do artigo 46.º — onde se destaca o n.º 3, alínea *b*), ponto ii), isto é, a possibilidade de a sentença arbitral pode ser anulada caso o seu conteúdo ofenda “os princípios da ordem pública internacional do Estado português” —, porque é que o legislador vem, na 2.ª parte do artigo 54.º, dizer que a sentença pode “ainda” ser anulada se conduzir a um resultado “manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional”? A 2.ª parte deste artigo parece não ter sentido, não se compreendendo, igualmente, a locução “e ainda”. Mas e ainda o quê? O legislador, no fundo, parece estar a repetir duas vezes a mesma coisa.

Os referidos artigos 41.º e 54.º confirmam, deste modo, ser de facto algo estranha a redacção do ponto ii) da alínea *b*), n.º 3, do artigo 46.º Com efeito, a ideia que parece transparecer de tais artigos é a de que o que estava inicialmente previsto no ponto ii) da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 46.º era apenas a “ordem pública” e não a “ordem pública inter-

nacional” — à semelhança, aliás, da Lei-Modelo UNCITRAL e da anterior Proposta de Lei n.º 48/XI, que se referem apenas, neste ponto, à “ordem pública”. A nova Lei de Arbitragem Voluntária parece estar construída neste sentido.

III — Mais grave, porém, do que a estranha referência à “ordem pública internacional” e do que a falta de coerência intra-sistemática, é o facto de, aparentemente, o legislador *excluir a possibilidade de a violação de ordem pública interna pela sentença arbitral ser invocada como fundamento de anulação — pelo menos de forma implícita*. A esta conclusão conduz, tal como já referimos antes, o elemento literal do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), bem como o elemento histórico.

Desde logo, o catálogo dos fundamentos de anulação elencados no n.º 3 do artigo 46.º é taxativo — a sentença arbitral “*só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente*” se se verificar algum dos fundamentos aí elencados. Sendo que o ponto ii) da alínea *b*) do n.º 3 refere-se apenas à ordem pública internacional e não à ordem pública interna (elemento literal).

Por outro lado, dissemos já que, na vigência da anterior lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 31/86) — e muito embora o n.º 1 do artigo 27.º não referisse, no seu elenco também taxativo, a violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral —, a esmagadora maioria da doutrina entendia que a ofensa à ordem pública constituía, efectivamente, fundamento de anulação da sentença arbitral (sendo que a escassa jurisprudência, que se pronunciou directamente a este respeito, parecia ir no mesmo sentido). Como vimos, a questão que, na altura, era muito controvertida na doutrina, era a de saber qual das acepções de ordem pública seria fundamento de anulação: se a ordem pública interna, se internacional. Ora, poderá eventualmente ser aqui entendido que a nova Lei resolveu pôr um ponto final a este debate, uma vez que se refere apenas à ordem pública internacional e não à ordem pública interna, que estaria assim excluída (elemento histórico).

Além de termos muitas dúvidas sobre se o legislador poderia ter excluído a ordem pública interna, como implicitamente parece ter excluído, repare-se que a situação torna-se particularmente mais grave

se recordarmos que, nos termos do artigo 39.º, n.º 4, da Lei de Arbitragem Voluntária, *em regra a sentença arbitral não é recorrível* (salvo disposição em contrário das partes). Deste modo, na prática, será possível, e aliás muito provável, que nos deparemos com *situações em que a acção de anulação seja a única forma de reagir contra uma eventual violação de ordem pública (interna) pela sentença arbitral* ⁽¹⁵²⁾ ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵²⁾ Claro que, à partida, poderá ser possível recurso para o Tribunal Constitucional — sobre a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, pode ver-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 185 a 223, MIGUEL GALVÃO TELES, “Recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais”, *in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 199 a 220, PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça — os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, *op. cit.*, pp. 105 e 106, JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 117 e 118, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 521, FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem voluntária nacional — Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, Lisboa, p. 100, e ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 79. Com efeito, muitas das normas e princípios jurídicos (mas não todos, como é evidente) que integram a ordem pública interna encontram consagração expressa na Constituição, pelo que, caso estejamos diante de uma *norma* que viole a nossa ordem pública interna, em princípio (verificados os requisitos legais) poderá estar aberta a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional. Em todo o caso, importa, porém, não esquecer que o Tribunal Constitucional é concebido fundamentalmente como um *órgão jurisdicional de controlo normativo* (controlo este de constitucionalidade e de legalidade). Ou seja, só os actos que tenham valor normativo é que podem ser objecto de apreciação e eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, pelo que o objecto de fiscalização judicial são apenas as *normas*. Deste modo, na questão suscitada perante o juiz da causa “*tem de colocar-se o problema da conformidade ou desconformidade de uma norma com a Constituição*” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 985; neste sentido veja-se também, por exemplo, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3.ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 79 a 82). Nesta medida, o recurso para o Tribunal Constitucional poderá não ser aqui suficiente.

Sabendo que a ordem pública internacional tem um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna, poderemos depararmo-nos com *situações em que a sentença arbitral viola a nossa ordem pública interna, sem que possamos atacar tal vício* ⁽¹⁵⁴⁾. Com efeito, nos termos da nova Lei (artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii)), apenas a violação dos princípios da ordem pública internacional (e não interna) poderá servir de fundamento para anular a sentença arbitral. Assim, e uma vez que a regra é a da não recorribilidade da sentença arbitral, tal sentença poderá escapar impune, formando caso julgado e constituindo título executivo — algo que será inaceitável.

Voltamos, então, à questão que formulámos no início do nosso trabalho: constituindo a ordem pública um limite à autonomia das partes, devidamente fiscalizada pelo tribunal judicial, poderá tal limite ser derogado, contornado e/ou atenuado através do recurso ao tribunal arbitral? Aparentemente parece que sim... Tal limite poderá ser, pelo menos, atenuado, uma vez que a sentença de um tribunal arbitral apenas poderá ser anulada caso o seu conteúdo ofenda os princípios da ordem pública internacional. Este facto, conjugado com a regra da não recorribilidade, representa um perigo para a credibilidade da arbitragem

Acrescente-se, tal como já anteriormente referimos, que a nossa Lei Fundamental não constitui um limite no que à determinação dos princípios relevantes de ordem pública diz respeito. Aliás, a ordem pública (interna) actua independentemente da existência de uma norma jurídica expressa, sendo assim susceptível de actuar para além de disposições legais específicas.

⁽¹⁵³⁾ Como já foi também anteriormente referido, a tudo isto acresce o *amplo critério de arbitrabilidade* presente na nova Lei de Arbitragem Voluntária, que justificava, só por si, um reforço do controlo estadual sobre o conteúdo da sentença final proferida pelos árbitros — cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 52, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios, op. cit.*, pp. 127 a 129 e 252. Ao invés, porém, além de se ter limitado a violação da ordem pública pela sentença arbitral à sua acepção mais restrita de ordem pública internacional (aparentemente excluindo a ordem pública interna), inverteu-se a regra da recorribilidade, passando a sentença arbitral, em regra, a não ser recorrível.

⁽¹⁵⁴⁾ Veja-se os vários exemplos, *supra* referidos, de sentenças arbitrais que ofendem a ordem pública e, particularmente, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 167 a 176.

voluntária. Com efeito, esta poderia até ser vista como um expediente que permitiria às partes fugirem à aplicação dos princípios e normas de ordem pública (interna).

Como é evidente, temos muitas dificuldades em entender que assim pudesse ser. Pelo que deverá ser rejeitada a interpretação que se faça no sentido de a violação de ordem pública interna estar excluída do elenco de fundamentos de anulação da sentença arbitral ⁽¹⁵⁵⁾. No limite, admitimos mesmo que se possa pôr em causa a constitucionalidade do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), ou melhor, a interpretação que se faça desta norma no sentido *supra* referido ⁽¹⁵⁶⁾.

Não podemos fechar os olhos à ordem pública interna, não podemos ignorar uma sentença arbitral que ofenda a nossa ordem pública interna, permitir que a mesma se torne inatacável e, conseqüentemente, que adquira força de caso julgado e força executiva.

Uma interpretação literal do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), da Lei de Arbitragem Voluntária, pode ser perigosa, uma vez que pode justamente permitir que, através de um tribunal arbitral, se “legalizem” actuações nocivas para normas e princípios que integrem a nossa ordem pública interna. Claro que num mundo ideal seria legítimo pensar que

⁽¹⁵⁵⁾ No fundo, à semelhança da doutrina e jurisprudência que defendia já, na vigência da Lei n.º 31/86, que a ofensa à ordem pública interna era fundamento de anulação da sentença arbitral, não obstante o artigo 27.º, n.º 1, ser totalmente omissivo a este respeito (cfr. ponto 4.3, B), nota de rodapé n.º 130, do nosso trabalho). Recorde-se, ainda, que ao contrário do que sucede na actual lei (artigo 39.º, n.º 4), na anterior lei de arbitragem a regra era a da recorribilidade (artigo 29.º).

⁽¹⁵⁶⁾ A este respeito, saliente-se que o Tribunal Constitucional admite que a questão de inconstitucionalidade possa respeitar, não apenas a uma norma, mas também “à interpretação ou sentido com que ela foi tomada no caso concreto e aplicada na decisão recorrida” — cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, pp. 80 e 81. Neste sentido, veja-se também, por exemplo, GUILHERME DA FONSECA / INÊS DOMINGOS, *Breviário de direito processual constitucional*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 30. O artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), ou a interpretação que se faça desta norma no sentido que referimos, poderá, desde logo, ser considerado contrário ao artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva).

os árbitros nunca perderiam de vista tais normas e princípios essenciais da ordem pública interna. Mas na prática é impossível garantir que isso aconteça sempre. ⁽¹⁵⁷⁾

Em suma, tal como de forma exímia observam as Professoras Mariana França Gouveia, Assunção Cristas e Cláudia Trabuco (na vigência da Lei n.º 31/86), “também na ordem jurídica interna, na arbitragem doméstica, tem de se reconhecer como fundamento de anulação a violação de *ordem pública interna*, na medida em que é impossível admitir a inexistência total de controlo estadual da aplicação do seu direito. *Nenhum Estado (porque é de Direito) pode tolerar a existência de tribunais privados que não apliquem as regras que esse Estado (esse povo) entendeu essenciais. A mera possibilidade de existência deste controlo é essencial para a coerência do ordenamento jurídico. Falamos de ordem pública nacional e não internacional, seguindo a posição do acórdão em anotação e de Paula Costa e Silva*” ⁽¹⁵⁸⁾.

Pela mesma razão entendemos, igualmente, que as partes não podem impedir (desde logo na convenção de arbitragem) os árbitros de recorrerem à ordem pública e/ou de considerarem as limitações que esta cláusula geral impõe. Com efeito, importa não esquecer que “as normas de interesse e ordem pública são inderrogáveis por convenção das partes” ⁽¹⁵⁹⁾.

E, neste sentido, entendemos ainda que o *comportamento omissivo das partes* (caso, por exemplo, de as partes não invocarem a violação da ordem pública durante o processo arbitral) não significa, necessariamente, que estas fiquem impedidas de invocar a violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral. A este respeito, importa

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 52 e 53.

⁽¹⁵⁸⁾ ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 52, e CLÁUDIA TRABUCO / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 486.

⁽¹⁵⁹⁾ ANA PRATA, *op. cit.*, p. 1016. Sobre este ponto, veja-se, ainda, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 191, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, pp. 2181 e 2182.

salientar que a regra preclusiva do n.º 4 do artigo 46.º da Lei de Arbitragem Voluntária — nos termos da qual se a parte que tem conhecimento do vício em causa não o invocar de imediato, prosseguindo na arbitragem, considera-se que renunciou ao direito de impugnar a sentença arbitral com tal fundamento — “está limitada aos vícios decorrentes de normas que dependem da vontade das partes, isto é, normas legais supletivas e normas convencionais da convenção de arbitragem. Os outros fundamentos, em especial os de conhecimento officioso, não precludem, podendo ser ainda invocáveis como fundamento de anulação, mesmo se não alegados em tempo no processo arbitral” ⁽¹⁶⁰⁾. Ora, sendo a ofensa à ordem pública um fundamento de anulação de conhecimento officioso (“o tribunal verificar que...” — artigo 46.º, n.º 3, alínea b)) temos assim que, em princípio, o mesmo ainda poderá ser causa de anulação da sentença arbitral. Dissemos “em princípio”, uma vez que a invocação deste fundamento de anulação poderá, evidentemente, atendendo às circunstâncias do caso, ser considerada abusiva, nos termos da cláusula geral do abuso de direito ⁽¹⁶¹⁾.

O mesmo se diga, por fim, a propósito do recurso à *equidade*. Na verdade, e conforme salienta António Menezes Cordeiro, a equidade não é arbítrio. Não estão aqui em causa “conjunções nas quais, de todo em todo, o julgador possa decidir como entender, sem observar bitolas prefixadas de decisão” ⁽¹⁶²⁾. Assim, quando as partes remetem para a equidade, não se pretende obter uma solução causal ou arbitrária, mas sim uma solução justa — solução esta que se vai sujeitar a certas regras, onde

⁽¹⁶⁰⁾ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 268 e 269.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 269. Sobre as consequências deste comportamento omissivo das partes, veja-se, ainda, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, p. 191, e GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, pp. 2632 e 2633.

⁽¹⁶²⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A decisão segundo a equidade”, in *O Direito*, ano 122.º, 1990, vol. II (Abril-Junho), p. 270. Sobre esta temática, veja-se ainda MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 463 a 492.

se acaba por encontrar sempre o Direito. Daí que se possa afirmar que a decisão (arbitral) segundo a equidade é “uma decisão tomada à luz do Direito e de acordo com as directrizes jurídicas dimanadas pelas normas positivas estritas. Apenas será dispensada a aplicação de regras formais, cuja existência se torna necessária apenas em serviços públicos ou em tribunais do Estado” ⁽¹⁶³⁾. Ou seja, a decisão que julgue segundo a equidade “terá sempre de respeitar os princípios gerais de Direito e de atender aos valores fundamentais da ordem jurídica” ⁽¹⁶⁴⁾, entre os quais, acrescentamos nós, se incluem evidentemente os princípios e normas de ordem pública. ⁽¹⁶⁵⁾

⁽¹⁶³⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A decisão segundo a equidade”, *op. cit.*, pp. 271 e 272.

⁽¹⁶⁴⁾ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, p. 160.

⁽¹⁶⁵⁾ Neste sentido, referindo expressamente que a decisão arbitral que julgue segundo a equidade deve “respeitar os princípios de ordem pública”, veja-se MÁRIO RAPOSO, “Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem”, *op. cit.*, p. 10 e “Uma nova lei de arbitragem? A propósito do anteprojecto APA”, *op. cit.*, p. 14. O mesmo entendemos valer a propósito da chamada *composição amigável* — artigo 39.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem Voluntária (anterior artigo 35.º da Lei n.º 31/86). Sobre a difícil distinção entre equidade e composição amigável, veja-se, por exemplo, MÁRIO RAPOSO, “Equidade, composição amigável. Lex mercatoria”, in *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 51 a 67 (artigo também publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, volume I, Janeiro de 2006), “Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem”, *op. cit.*, pp. 6 a 10 e “Uma nova lei de arbitragem? A propósito do anteprojecto APA”, *op. cit.*, pp. 7 a 17, PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 939 e 940, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 157 a 166, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 33 e 34 e “Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n.º 5, Kluwer Law International, pp. 569 a 581, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 489 e 490, DÁRIO MOURA VICENTE, “Portugal e a arbitragem internacional”, in *Direito Internacional Privado — Ensaios*, vol. II, *op. cit.*, p. 285 e, na vigência já da actual Lei de Arbitragem Voluntária, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, pp. 227 a 237.

IV — Em consonância com o que anteriormente dissemos, julgamos que nesta matéria da violação da ordem pública (interna) pela sentença arbitral, e da sua inclusão ou não no catálogo taxativo de fundamentos de anulação, a opção do legislador não foi particularmente feliz...

A nosso ver, a melhor solução teria sido incluir, simplesmente, “ordem pública” no referido catálogo de fundamentos, à semelhança, de resto, da Lei-Modelo UNCITRAL e do que, em geral, se verifica em sede de direito comparado e da anterior Proposta de Lei n.º 48/XI ⁽¹⁶⁶⁾. Não tendo sido esta a opção tomada, ainda assim teria sido preferível, face à solução actual, a posição oficial da Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem e aquela que, como dissemos anteriormente, ficou plasmada nos três anteprojectos apresentados: omitir a referência à ordem pública, tal como sucedia na Lei n.º 31/86 ⁽¹⁶⁷⁾. Esta omissão, como vimos acontecer, não iria inibir a doutrina e a jurisprudência de continuarem a salientar, embora com algumas divergências entre si, que a ofensa à ordem pública seria fundamento de anulação da sentença arbitral — havendo assim espaço para aqueles que, a nosso ver com inteira razão, defendiam ser a aceção de ordem pública interna que deveria valer nesta matéria.

A posição final do legislador, no sentido de que a sentença arbitral será anulável caso ofenda os “princípios da ordem pública internacional do Estado português” (artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), da Lei de Arbitragem Voluntária), não foi a melhor opção. Com efeito, tal posição poderá conduzir à interpretação de que a violação de ordem pública interna está excluída do elenco de fundamentos de anulação da sentença arbitral, o que, na prática, pode gerar situações perturbadoras e de difi-

⁽¹⁶⁶⁾ Conforme nos dá conta António Sampaio Caramelo, e tal como já anteriormente referido, era esta também a solução do texto inicial da actual lei de arbitragem e das sucessivas versões que o mesmo conheceu até à versão final do primeiro anteprojecto da Associação Portuguesa de Arbitragem (cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 42 e 53).

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94.

cil compreensão — como será o caso de uma sentença arbitral que viole a nossa ordem pública interna, sem que possamos atacar tal vício, podendo tal sentença vir a adquirir força de caso julgado e força executiva.

Ao contrário do entendimento de outros ilustres Autores, não cremos que a nossa posição conduza à ineficácia da arbitragem, atenta a indeterminação do conceito de ordem pública ⁽¹⁶⁸⁾. A este respeito, conforme salienta o Professor Baptista Machado, é verdade que a indeterminação da ordem pública pode potenciar um uso ou aproveitamento excessivo ⁽¹⁶⁹⁾. Mas repare-se, esse é um problema que não é específico da arbitragem (e, mais importante, não é específico da ordem pública interna, sendo o conceito de ordem pública internacional igualmente indeterminado). As incertezas a que a intervenção de ordem pública dá lugar são comuns tanto aos tribunais estaduais como aos tribunais arbitrais. Aliás, estas incertezas e indeterminação verificam-se a respeito de outras cláusulas gerais (boa fé, abuso de direito, bons costumes, etc.), não podendo nós pretender expurgar tais conceitos do nosso ordenamento jurídico, apenas porque são muito indeterminados e, porventura, podem comprometer a eficácia de determinado processo judicial ou arbitral.

De resto, qualquer outro fundamento de anulação poderá também ser abusivamente utilizado pela parte vencida, podendo haver um aproveitamento excessivo. E note-se que, se compararmos a lista de fundamentos de anulação da sentença arbitral presentes no artigo 46.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem Voluntária, com a do artigo 27.º, n.º 1, da anterior Lei n.º 31/86, facilmente constatamos que os fundamentos da actual lei até são em maior número e mais detalhados ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 522, e ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94.

⁽¹⁶⁹⁾ Vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 259.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 268. Acrescente-se, aliás, que, mesmo em arbitragens internacionais, apenas em casos limitados e muito excepcionais é que as sentenças arbitrais têm sido anuladas

Por fim, cumpre observar que uma jurisprudência “amiga” da arbitragem não é apenas uma jurisprudência que proteja sempre as decisões arbitrais, que diga “âmen” a tudo e que assine de cruz, mas sim uma jurisprudência que saiba estar atenta e que anule sentenças arbitrais quando tal se justificar, designadamente quando se tenha verificado uma ofensa aos princípios de ordem pública (interna e não só internacional). Não vemos, assim, a actuação dos tribunais estaduais ao nível da anulação da sentença arbitral como uma intromissão inaceitável, que pode comprometer a autonomia e eficácia da arbitragem voluntária, mas sim como uma intromissão que, em certos casos, será necessária e positiva ⁽¹⁷¹⁾.

com base no fundamento da ofensa à ordem pública — cfr. GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, p. 2625.

⁽¹⁷¹⁾ A solução adoptada pela Lei de Arbitragem Voluntária a respeito da tramitação da acção de anulação, parece-nos, de resto, que reduz (ou atenua) esse risco da ineficácia da arbitragem que muitos entendem estar associado à acção de anulação. A este respeito, recordamos que, na vigência da Lei n.º 31/86 — e não obstante o princípio da equiparação da decisão arbitral à sentença judicial (artigo 26.º) —, a acção de anulação era intentada num tribunal de 1.ª instância, facto que, aliado ao regime dos recursos, significava que a mesma acabava por ser controlada pelos tribunais estaduais em três instâncias (cfr. PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 956 a 958, ANTÓNIO QUIRINO DUARTE SOARES, *op. cit.*, p. 13, e BERNARDO REIS, “O estatuto dos árbitros — alguns aspectos”, *in Revista Themis*, ano IX, n.º 16 (2009), Almedina, Coimbra, 2009, p. 43). Esta solução, muitas vezes, matava completamente aquela que é uma das principais vantagens da arbitragem voluntária: a celeridade. Ora, na actual lei, a acção de anulação passa agora a ser tratada como um recurso de anulação, entrando directamente na 2.ª instância, nos termos dos artigos 46.º, n.º 2, alínea e) e 59.º, n.º 1, alínea g), da Lei de Arbitragem Voluntária — cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 266, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, pp. 41 e 42, e ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 111. Ou seja, eliminou-se uma instância. Ora, independentemente de quantos fundamentos de anulação se consagra, e se o respectivo catálogo é taxativo ou não, julgamos que é por aqui que sobretudo se combate a ineficácia que a impugnação da sentença arbitral pode implicar para a arbitragem. O importante sempre é assegurar uma tramitação processual rápida e clara da acção de anulação — o que, em parte, está consagrada na actual Lei de Arbitragem Voluntária e que é francamente de aplaudir.

V — Mais controversa, porém, se afigura a questão de saber se o tribunal estadual, em ordem a averiguar se a sentença arbitral violou a ordem pública (interna ou internacional), terá ou não de proceder a uma *análise do mérito* da decisão.

Como se sabe, a acção de anulação da sentença arbitral limita-se, em princípio, a apreciar fundamentos formais de validade da sentença arbitral⁽¹⁷²⁾. Algo que se compreende bem, uma vez que, *a priori*, “um sistema de vias de impugnação que permita o controlo da legalidade, não apenas formal mas também substancial, das decisões proferidas em arbitragem voluntária potenciará a substituição do julgamento arbitral pelo julgamento judicial em sede de recurso”; pelo que a autonomia do tribunal arbitral seria “apagada em sede de controlo da decisão proferida pelos árbitros”⁽¹⁷³⁾.

Não obstante, quando estamos perante uma ofensa à ordem pública, alguns Autores têm observado que *não se vislumbra como é que um tribunal estadual poderá decidir se a sentença arbitral ofende ou não a ordem pública sem analisar o mérito da decisão*⁽¹⁷⁴⁾. Neste sentido, entende-se geralmente que, se a violação da ordem pública estiver contida na parte substantiva da sentença arbitral, o tribunal estadual terá de analisar o mérito da decisão, pois só perante a decisão e os seus fundamentos poderá

⁽¹⁷²⁾ Cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 56, e RUI FERREIRA, “Anulação da Decisão Arbitral. Taxatividade dos fundamentos de anulação”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, coordenação de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 203 e 222.

⁽¹⁷³⁾ PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, *op. cit.*, p. 180.

⁽¹⁷⁴⁾ Vide ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 56, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *op. cit.*, p. 279, ISABEL GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 151 e 152, PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 1086 a 1088, e PIETER SANDERS, “Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”, in *Arbitration International*, volume 11 (1995), n.º 1, Kluwer Law International, 1995, p. 21. No que se refere ao âmbito da análise que o tribunal estadual competente deverá efectuar, veja-se, particularmente, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, *op. cit.*, pp. 188 a 194.

apurar se houve aplicação ou violação de normas e princípios fundamentais de ordem pública ⁽¹⁷⁵⁾.

Muito embora a Lei-Modelo UNCITRAL não disponha nada sobre esta matéria, isto é, se a ofensa à ordem pública implica ou não uma análise de mérito da sentença arbitral no âmbito da acção de anulação ⁽¹⁷⁶⁾, o legislador português resolveu tratar esta questão na Lei de Arbitragem Voluntária, excluindo a possibilidade de revisão de mérito. Assim, nos termos do n.º 9 do artigo 46.º, “o tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas”. Deste modo, *a apreciação do tribunal estadual deve apenas resumir-se “a uma avaliação prima facie da sentença e do processo, e de se limitar a casos de aparente ou manifesta contradição com os princípios dessa ordem pública internacional do Estado Português”* ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 56, e PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *op. cit.*, p. 1087. Em todo o caso, segundo Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, muito embora a análise do fundamento da ofensa à ordem pública implique a análise do mérito da decisão arbitral, esta análise será “apenas e tão só, para aferir se foram postergadas as mais importantes regras do nosso ordenamento jurídico. Aquelas regras que o Estado de Direito português não pode prescindir de controlar, aquelas regras que a sociedade considera as estruturantes da sua regulamentação e que democraticamente erige como fundamentos sólidos da nossa comunidade” — ASSUNÇÃO CRISTAS / MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 56.

⁽¹⁷⁶⁾ Segundo alguns Autores, a Lei-Modelo não excluiu a possibilidade de controlo/análise do mérito da sentença arbitral; o fundamento da violação da ordem pública permite ao tribunal estadual exercer um controlo de mérito (controlo este que é “inerente à natureza de uma análise de violação de ordem pública”) — *vide* PIETER SANDERS, *op. cit.*, p. 21. Para outros Autores, no direito comparado é pacífico que a ordem pública não é fundamento que permita, numa acção de anulação, a revisão de fundo da sentença arbitral — cfr. GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, volume II, *op. cit.*, p. 2628. Neste sentido, e por referência à lei espanhola de arbitragem, veja-se JESÚS REMÓN, “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, in *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1 — 2008, Wolters Kluwer España, Madrid, pp. 119 e 129.

⁽¹⁷⁷⁾ ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 94. A segunda parte deste n.º 9 parece referir-se já a um novo

Julgamos correcta esta posição de princípio ⁽¹⁷⁸⁾, que de resto já está consagrada entre nós a respeito da revisão de sentenças estrangeiras. Na verdade, como se sabe, para que a sentença estrangeira seja confirmada é necessário, entre outros requisitos, que a mesma “não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português” (artigo 1096.º, alínea *f*), do Código de Processo Civil). Ora, também nestes casos, a Doutrina e Jurisprudência entendem não haver lugar a revisão de mérito, pois o sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras adoptado em Portugal é o de *revisão formal ou delibação* — *embora com certos desvios a favor da revisão de mérito*, desvios estes consagrados nos artigos 1100.º, n.º 2 (anterior alínea *g*) do artigo 1096.º) e 771.º, alínea *c*), *ex vi* artigo 1100.º, n.º 1, todos do Código de Processo Civil ⁽¹⁷⁹⁾ ⁽¹⁸⁰⁾. Por outro lado, saliente-se que, mesmo em relação aos

processo arbitral, processo este que poderá ser iniciado após a anulação da sentença arbitral nos termos do n.º 10 do artigo 46.º

⁽¹⁷⁸⁾ Com excepção da restrição à “ordem pública internacional” que, como vimos, no caso da anulação de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem interna (onde será quase sempre aplicável o direito português), entendemos não fazer sentido.

⁽¹⁷⁹⁾ Na doutrina veja-se, por exemplo, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 464 a 476 e *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 284 a 293, DÁRIO MOURA VICENTE, “Competencia internacional y reconocimiento de sentencias extranjeras en el derecho autónomo portugués”, in *Direito Internacional Privado — Ensaíos*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 292 a 297, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 521, 523, 529 e 530, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 267, ANTUNES VARELA / J. MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 81, e LUÍS BARRETO XAVIER, *op. cit.*, p. 102. Na jurisprudência são muitos os acórdãos que sustentam, igualmente, que o nosso sistema é de revisão formal ou delibação e não de revisão de mérito (salvo as indicadas excepções dos artigos 1100.º, n.º 2) e 771.º, alínea *c*), *ex vi* artigo 1100.º, n.º 1). Apenas a título de exemplo, vejam-se: (i) os acórdãos do *Supremo Tribunal de Justiça* de 12/07/2011 (Relator Paulo Sá, processo 987/10.5YRLSB.S1), de 26/05/2009 (Relator Paulo Sá, processo 43/09.9YFLSB), de 19/02/2008 (Relator Paulo Sá, processo 07A4790), de 06/07/2011 (Relator Marques Pereira, processo 999/09.1YRLSB.S1), de 29/03/2011 (Relator Fonseca Ramos, processo 214/09.8YRERVR.S1), de 11/11/2008 (Relator Fonseca Ramos, processo

08A3252), de 03/07/2008 (Relator Oliveira Rocha, processo 08B1733), de 21/02/2006 (Relator Oliveira Barros, processo 05B4168), de 27/04/2005 (Relator Salvador da Costa, processo 05B1067), de 30/04/2002 (Relator Pinto Monteiro, processo 01A824), de 23/05/1991 (Relator Ricardo da Velha, processo 080612) e de 28/05/1986 (Relator Frederico Baptista, processo 073703); (ii) os acórdãos do *Tribunal da Relação de Lisboa* de 23/11/2011 (Relator Sérgio Almeida, processo 250/11.4YRLSB-2), de 10/09/2009 (Relatora Ana Paula Boularot, processo 872/09.3YRLSB-2), de 30/06/2009 (Relatora Cristina Coelho, processo 344/09.6YRLSB-7), 04/06/2009 (Relator Silva Santos, processo 6873/2008-8), de 31/01/2008 (Relatora Manuela Gomes, processo 9264/2006-6), de 15/01/2008 (Relator Granja da Fonseca, processo 8350/2007-6), de 14/11/2007 (Relator Arnaldo Silva, processo 4398/2007-7), de 03/10/2006 (Relator Arnaldo Silva, processo 454/2006-7), de 14/11/2006 (Relatora Rosa Maria Ribeiro Coelho, processo 3329/2006-7) e de 08/06/2004 (Relatora Maria Amélia Ribeiro, processo 1136/2004-7); (iii) os acórdãos do *Tribunal da Relação do Porto* de 25/11/2010 (Relator Maria Amália Santos, processo 108/10.4YRPRT.P1), de 07/05/2009 (Relator Carlos Portela, processo 0835948) e de 24/11/2003 (Relator Santos Carvalho, processo 0251017); (iv) os acórdãos do *Tribunal da Relação de Coimbra* de 06/09/2011 (Relator António Beça Pereira, processo 15/11.3YRCBR), de 30/11/2010 (Relator Manuel Capelo, processo 50/10.9YRCBR), de 03/03/2009 (Relator Jorge Arcanjo, processo 237/07.1YRCBR) e de 03/10/2006 (Relator Teles Pereira, processo 11/06.2YRCBR); (v) o acórdão do *Tribunal da Relação de Guimarães* de 27/01/2011 (Relatora Isabel Rocha, processo 141/09.9YRGMR) — todos os acórdãos citados encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

Os únicos acórdãos que parecem destoar da posição (quase) unânime da Jurisprudência, são os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 08/05/2003 (Relator Ferreira de Almeida, processo 03B1123) e do Tribunal da Relação de Guimarães de 10/12/2003 (Relator Amílcar Andrade, processo 619/03-1), ambos *in* em <http://www.dgsi.pt/>. Este último acórdão chega mesmo a afirmar, a certa altura, que “só excepcionalmente é que existe revisão de mérito, nos casos em que a decisão revidenda contrarie os princípios da ordem pública internacional portuguesa”. Mais à frente, porém, a Relação de Guimarães parece entrar em contradição, afirmando que na alínea *f*) do artigo 1096 do Código de Processo Civil “está apenas em causa o controlo da decisão em si, não os seus fundamentos no plano do direito ou do facto” e que “apenas no artigo 1100 do CPC. passaram a estar consagrados dois casos de revisão de mérito”. Quanto ao mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, é aqui dito que “o sistema geral do direito português é o da revisão meramente formal ou da simples delibação, com excepção da hipótese substantiva prevista na al. *f*) do art. 1096.º do CPC, dirigida ao mérito intrínseco”, embora também mais à frente nos pareça haver uma confusão com a anterior alínea *g*) do artigo 1096.º do Código de Processo Civil.

referidos desvios, se entende que não há revisão da matéria de facto, não procedendo o tribunal português a um novo julgamento, a uma nova apreciação da prova produzida, pelo que a revisão se cinge sempre “a meras questões de direito” ⁽¹⁸¹⁾.

Embora se possa afirmar que a citada alínea *f*) do artigo 1096.º encerra em si ou traduz preocupações de justiça material ⁽¹⁸²⁾, a verdade é que, para a Doutrina e Jurisprudência, parece ser claro que a mesma não implica um controlo de mérito da sentença estrangeira ⁽¹⁸³⁾ ⁽¹⁸⁴⁾. Se

⁽¹⁸⁰⁾ A diferença entre os dois sistemas está em que “na *revisão formal* o tribunal limita-se a verificar se a sentença estrangeira satisfaz a certos requisitos de forma, a certas condições de regularidade (se transitou em julgado, se foi proferida por tribunal competente, se as partes foram citadas, etc.); na *revisão de mérito* o tribunal vai mais longe: conhece do fundo ou mérito da causa, procede a novo julgamento tanto da questão de facto como da questão de direito”; no fundo, este sistema da revisão de mérito inspira-se num princípio de desconfiança para com as jurisdições de outros Estados — ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, pp. 141 e 142. Sobre os vários sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras, veja-se, por exemplo, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 462 a 476, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, pp. 310 a 313, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume III, *op. cit.*, pp. 371 a 376, e ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, pp. 139 a 142.

⁽¹⁸¹⁾ ANTUNES VARELA / J. MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *op. cit.*, p. 81, nota de rodapé n.º 2. Veja-se, ainda, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume III, *op. cit.*, p. 526.

⁽¹⁸²⁾ Vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, p. 309, e acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/11/2007 e de 03/10/2006 (Relator Arnaldo Silva), *op. cit.* A propósito deste artigo 1096.º do Código de Processo Civil, também o Professor Menezes Cordeiro fala aqui em requisitos formais e em requisitos materiais (caso das alíneas *e*) e *f*) do artigo 1096.º) — ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, *op. cit.*, pp. 261 e 262.

⁽¹⁸³⁾ Neste sentido, e de forma muito clara, veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, “Competencia internacional y reconocimiento de sentencias extranjerias en el derecho autónomo português”, *op. cit.*, p. 294, e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, volume III, *op. cit.*, p. 521. Também os Professores Ferrer Correia, Baptista

Machado, Marques dos Santos e Isabel de Magalhães Collaço parecem ir no mesmo sentido, pelo menos implicitamente — cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 466 e 467, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 267, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, p. 309, nota de rodapé n.º 7, e ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Revisão de sentenças estrangeiras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1963, pp. 37 e 38.

Na vigência do n.º 6 do artigo 1102.º do Código de Processo Civil de 1939 (correspondente à alínea *f*) do artigo 1096.º, na versão anterior ao Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro), o Professor Alberto dos Reis aparentava ir em sentido contrário. Na verdade, o ilustre Autor salientava então, embora com muitas cautelas, que o exame exigido pelo n.º 6 do artigo 1102.º podia, “até certo ponto” e “em certa medida” envolver revisão de mérito (ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, pp. 142 e 143). Mais à frente, porém, Alberto dos Reis entendia que “o que o n.º 6 exige é que a sentença não contenha decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa. Há que atender, portanto, à decisão em si, à situação que a decisão cria e estabelece, e não aos fundamentos em que assenta” (ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, p. 180). Já o Professor Antunes Varela, fazendo referência ao entendimento de Alberto dos Reis, entendia a este respeito que a tese da alegada revisão de mérito das alíneas *g*) e *f*) do artigo 1096.º tinha de ser entendida com prudência, isto é, tinha “de ser entendida cum grano salis, com muita água no vinho” — ANTUNES VARELA, anotação aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Julho e de 28 de Outubro de 1986, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 126 (1993-1994), Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 95. Em posição posterior, Antunes Varela defende que “mesmo quando, excepcionalmente, a confirmação da sentença pressuponha uma revisão de mérito, como sucede quando a sentença estrangeira é proferida contra cidadão português (art. 1096.º, *g*)), não há revisão da matéria de facto, não procedendo o tribunal português a uma nova apreciação da prova produzida perante a justiça estrangeira. A revisão cinge-se sempre a meras questões de direito” (ANTUNES VARELA / J. MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *op. cit.*, p. 81, nota de rodapé n.º 2).

⁽¹⁸⁴⁾ A este respeito, alguns Autores entendem ainda que, para a verificação do requisito exigido pela citada alínea *f*) do art. 1096.º, há apenas que atender à decisão em si e não aos respectivos fundamentos — cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *op. cit.*, pp. 348 e 349, JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, volume IV, 2.ª edição revista e actualizada, Lisboa, 2005, p. 256, e acórdãos *supra* indicados do Supremo Tribunal de

assim é, ou seja, se a revisão de uma sentença estrangeira, cuja decisão conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português (artigo 1096.º, alínea *f*), do Código de Processo Civil), não implica uma revisão de mérito, não nos choca que o mesmo se possa entender a respeito do conteúdo da sentença arbitral que ofenda os princípios da nossa ordem pública (artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii) da Lei de Arbitragem Voluntária). Dir-se-á que os tribunais estaduais — em sede de acção de anulação — conseguirão decidir se a sentença arbitral ofende ou não a ordem pública, sem necessidade de entrarem na análise de mérito da decisão, tal como o fazem já na revisão de sentenças estrangeiras.

Uma solução contrária, de resto, poderia pôr em causa, pelo menos, duas das principais vantagens que a arbitragem voluntária apresenta: a celeridade e a confidencialidade do processo arbitral ⁽¹⁸⁵⁾.

Justiça de 03/07/2008 (Relator Oliveira Rocha), de 06/07/2011 (Relator Marques Pereira) e de 21/02/2006 (Relator Oliveira Barros), da Relação de Lisboa de 14/11/2006 (Relatora Rosa Maria Ribeiro Coelho) e da Relação do Porto de 25/11/2010 (Relator Maria Amália Santos) e de 07/05/2009 (Relator Carlos Portela), *op. cit.* Neste sentido, mas na vigência do já referido n.º 6 do artigo 1102.º do Código de Processo Civil de 1939, *vide* ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, volume II, *op. cit.*, pp. 179 a 181.

Em sentido contrário, veja-se LUÍS BARRETO XAVIER, *op. cit.*, pp. 98 a 112. Segundo este Autor, importa olhar para a decisão à luz dos fundamentos constantes da sentença. “Quer isto dizer que não há necessidade de averiguar se a lei em que a decisão se baseou, ou os restantes fundamentos, de facto ou de direito, ofendem a nossa ordem pública. O que se impõe é que a decisão seja correctamente interpretada, de modo a que o juiz possa determinar se existe ou não ofensa da reserva de ordem pública internacional” (*op. cit.*, p. 104).

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre estas e outras vantagens geralmente apontadas à arbitragem voluntária, veja-se MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *op. cit.*, pp. 321 e 323, A. FERRER CORREIA, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 174 e 175, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *op. cit.*, pp. 24 e 25, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, pp. 141 e 142, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem OHADA”, *in Direito Internacional Privado — Ensaio*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 356, e PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, *op. cit.*, p. 180.

Por fim, na vigência da anterior Lei n.º 31/86, e antes portanto do n.º 9 do artigo 46.º da actual lei, foi neste sentido (exclusão da possibilidade de revisão de mérito da sentença arbitral, no âmbito da acção de anulação), aliás, que decidiram os anteriormente referidos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/11/2007 (Relatora Maria José Mouro) e do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (Relator João Camilo) ⁽¹⁸⁶⁾.

VI — Terminamos com uma importante observação. Começámos por salientar que a ordem pública é, e será sempre, uma cláusula geral, indefinível conceitualmente, um conceito necessariamente em branco, sensível ao sistema jurídico em que se encontra inserido e volátil, modificando-se em função dos contextos histórico, político, social, geográfico e económico.

De seguida, e ao tentarmos distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional, vimos que, além da sua diferente *função*, as mesmas se distinguem, aparentemente, pelo seu *conteúdo*, apresentando esta última um conteúdo mais restrito do que a ordem pública interna. Neste sentido, dissemos que *a ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna*, que a ordem pública internacional abrange apenas alguns dos princípios ou normas jurídicas que integram a ordem pública interna (aqueles de cuja defesa um ordenamento jurídico não abdica ou cuja violação não pode tolerar, quando esteja em causa a aplicação de lei estrangeira ou o reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro). Procurando distinguir estas duas acepções, recorreremos ainda a uma *expressão figurativa*

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/11/2007 (Relatora Maria José Mouro, processo 5159/2007-2) e subsequente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (Relator João Camilo, processo n.º 08A1698), acórdãos já anteriormente referidos nas notas de rodapé n.ºs 71 e 129. Ambos os acórdãos salientam que, uma vez que na convenção de arbitragem as partes renunciaram aos recursos, não cabia ao Tribunal, em sede de acção de anulação, proceder a uma análise do mérito da decisão arbitral, “mas, apenas, sobre se aquela decisão viola princípios de ordem pública”.

para concluir que estas duas acepções de ordem pública se podem representar através de dois círculos concêntricos, em que o círculo exterior corresponde à ordem pública interna e o círculo interior corresponde à excepção de ordem pública internacional. Assim, tudo o que se compreende no círculo menor está compreendido no círculo maior, mas o contrário já não se verifica ⁽¹⁸⁷⁾.

A verdade, porém, é que só na teoria, e em abstracto, conseguimos distinguir o conteúdo destas duas acepções de ordem pública. Com efeito, podemos usar a metáfora do coração, a expressão figurativa dos círculos concêntricos, mas continuamos sempre com o mesmo problema: a indeterminação do conceito de ordem pública, quer interna, quer internacional. Ou seja, no fundo, e tal como anteriormente já havíamos referido, vemos que estas duas acepções se distinguem essencialmente pela sua *função* (representando a excepção de ordem pública internacional um limite à aplicação de lei estrangeira ou o reconhecimento de uma decisão estrangeira ou dos efeitos de um acto público estrangeiro).

Dito isto, e por referência ao polémico artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), acaba por ser um pouco indiferente que se tenha especificado que a ordem pública aqui em causa é a ordem pública internacional. Pouco ou nada se ganhou com isso: o conceito é indeterminado na mesma e, na prática, continuamos sem saber onde começa e onde acaba a ordem pública internacional ⁽¹⁸⁸⁾.

Porém, em termos teóricos, e no rigor dos conceitos, além de não fazer qualquer sentido falar-se de ordem pública internacional no âmbito da anulação de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem interna (onde será quase sempre aplicável o direito português), a solução do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), pode conduzir a uma situação em que nos deparamos com uma sentença arbitral que ofenda a nossa ordem pública interna, sem que possamos fazer alguma coisa em relação a isso,

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 442, e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, *op. cit.*, p. 43.

⁽¹⁸⁸⁾ E daí que, muitas vezes, a jurisprudência confunde as duas acepções de ordem pública — *cfr.* RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *op. cit.*, p. 249.

deixando assim que tal sentença adquira força de caso julgado e força executiva. E daí a nossa oposição ao referido preceito legal.

5 — CONCLUSÃO

Não é possível ignorar nem fugir ao controlo exercido através da ordem pública.

Embora a arbitragem voluntária seja fortemente dominada pelo princípio da autonomia privada, é óbvio que existem limites à autoderminação das partes. Estas não podem, através do recurso à arbitragem, derrogar, contornar, atenuar e/ou fugir à aplicação de normas e princípios de *ordem pública*.

Com efeito, o travão imposto pela ordem pública far-se-á sentir sempre em todos os momentos do processo arbitral, designadamente na sua fase genética (*rectius*, na convenção de arbitragem), no decurso do processo (impondo sempre o respeito pelos princípios fundamentais da nossa ordem jurídica) e, claro, findo o processo arbitral (não podendo o conteúdo da sentença arbitral ofender a ordem pública). Por outro lado, e ao mesmo tempo, a ordem pública actuará, igualmente, perante as partes, perante os árbitros e perante os juízes.

De resto, a própria Lei de Arbitragem Voluntária não permaneceu indiferente à figura da ordem pública, referindo-se a ela expressamente em vários momentos (ao contrário da anterior Lei n.º 31/86 que, neste aspecto, era totalmente omissa) — isto apesar de, como vimos, no ponto essencial da anulação da sentença arbitral (aquele em que, na vigência da anterior lei, mais se fazia sentir uma referência à ordem pública), a redacção do artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), ponto ii), e a referência aí feita à ordem pública internacional, não ter sido, no nosso entendimento, particularmente feliz.

Atendendo a que estamos perante uma cláusula geral, um conceito indeterminado, necessariamente em branco e volátil, compreendem-se os receios em torno da ordem pública; receios estes que se prendem, essencialmente, com o risco de uma utilização abusiva deste fundamento de anulação da sentença arbitral. Porém, em todo o caso, além de este não ser um problema específico da arbitragem, verificando-se as mesmas

incertezas e dúvidas — em torno da ordem pública — nos tribunais estaduais (tal como, aliás, se verificam a respeito de outras cláusulas gerais), a verdade é que a “intromissão” destes tribunais ao nível da anulação da sentença arbitral poderá revelar-se, em certos casos, necessária e positiva. Pois, na verdade, uma jurisprudência “amiga” da arbitragem não é só uma jurisprudência que proteja sempre as decisões arbitrais, mas também uma jurisprudência que saiba estar atenta e que anule sentenças arbitrais quando tal se justificar, designadamente quando se tenha verificado uma ofensa aos princípios de ordem pública (interna e não só internacional).