



Comitê Brasileiro de Arbitragem

Revista Brasileira de
ARBITRAGEM

Ordem Pública. Não Aplicação de Norma Imperativa. Oposição ao Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral. Convenção de Nova Iorque. Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. 7ª Seção. Acórdão nº 1036/12.4 YRLSB.S1. Rel. Granja da Fonseca. J. 23.10.20141

**JOSÉ MIGUEL JÚDICE
CARMEN BAPTISTA ROSA**

Volume XII Number 47

2015

ISSN: 1806809X

Ordem Pública. Não Aplicação de Norma Imperativa. Oposição ao Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral. Convenção de Nova Iorque. Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. 7ª Seção. Acórdão nº 1036/12.4 YRLSB.S1. Rel. Granja da Fonseca. J. 23.10.2014¹

Public Order. Non-Application of Imperative Law. Opposition to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. New York Convention. Portugal. Superior Court of Justice. 7th Section. Decision nº 1036/12.4YRLSB.S1. Judge Granja da Fonseca. J. 23.10.2014

SUMÁRIO: I – Resumo do julgado; II – Comentário.

I – RESUMO DO JULGADO

Portugal

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7ª Seção

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 1036/12.44YRLSB.S1

Rel. Granja da Fonseca

Partes: AA, SA. v. Soc. BB de Automóveis, S.A.

J. 23.10.2014

Os tribunais portugueses analisaram e decidiram recentemente se o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida pela ICC era contrária à ordem pública portuguesa pelo fato de tal sentença arbitral não ter aplicado uma determinada regra imperativa do ordenamento jurídico interno português.

A questão que o tribunal analisou consistia em saber se tal regra imperativa deveria ser considerada como integrante da ordem pública portuguesa para efeitos de condições para o reconhecimento e execução da decisão arbitral, ao abrigo da Convenção de Nova Iorque² e da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (adiante apenas referida por LAV)³.

1 O acórdão está disponível no presente endereço: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5b7762ab568fa1b080257d7a005445ca?OpenDocument>>.

2 Convenção relativa ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, assinado em Nova Iorque em 10.06.1958, art. V(2)(b).

3 Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro de 2011, art. 56(1)(b)(ii).

O Supremo Tribunal de Justiça confirmou a decisão já proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 16 de janeiro de 2014 (ou seja, 10 meses antes), tendo decidido que, apesar de a norma em causa ser considerada como uma norma imperativa na ordem interna do Estado Português (e, como tal, integrante da ordem pública nacional), a sua não aplicação na sentença arbitral estrangeira não poderia ser considerada como contrária à ordem pública internacional do Estado Português e, conseqüentemente, tal não poderia ser um obstáculo ao reconhecimento e execução de tal sentença arbitral.

OS FATOS

A sentença arbitral em referência, proferida em 07.03.2005, sob a égide da Câmara de Comércio Internacional em Paris, analisou a rescisão, por uma das partes (“Parte A”), de um acordo de distribuição celebrado com a outra parte (“Parte B”), em concreto um “contrato de concessão” (que as partes denominaram de “contrato de importador”), para importar veículos para Portugal. Tal contrato era regido pela lei espanhola.

Pelo fato de a Parte A ter denunciado o contrato, a Parte B iniciou o processo arbitral junto da CCI, onde formulou vários pedidos indenizatórios, entre os quais um pedido de indenização de clientela.

Na sua sentença, o tribunal arbitral considerou que a denúncia do contrato pela Parte A era ilegal e condenou-a a pagar determinadas importâncias à Parte B. No entanto, indeferiu o pedido de indenização de clientela que tinha sido formulado, aparentemente com o fundamento de que nem a lei espanhola, nem o acordo assinado entre as partes tinha feito referência a tal indenização.

A sentença arbitral não foi impugnada por nenhuma das partes, tendo transitado em julgado. Acresce que ambas as partes chegaram a um acordo sobre pagamentos mútuos e compensação, tendo assinado um “acordo de quitação recíproca”, em que declararam que nada mais lhes era devido, no âmbito da sentença proferida. Também por isso, nenhuma das partes requereu, àquela data, o reconhecimento de tal sentença arbitral perante os tribunais portugueses.

No entanto, alguns meses depois, a Parte B (em conjunto com uma sociedade detida por si, também concessionária da Parte A) intentou uma nova ação em Portugal, pedindo a condenação da Parte A numa indenização pelo término do contrato de importador, em que os pedidos se relacionavam exclusivamente com a indenização de clientela (e apesar de tal pedido já ter sido formulado – e indeferido – na arbitragem que correu termos na CCI).

Em resultado desta nova ação intentada por B, a Parte A veio solicitar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral em Portugal.

B opôs-se a este pedido de reconhecimento, afirmando que a legislação portuguesa (em concreto, a denominada Lei do Contrato de Agência⁴) continha regras imperativas sobre a indenização de clientela (cfr. art. 33⁹⁵) quando a atividade do agente se tenha desenvolvido preponderantemente em Portugal, dispondo também que apenas seria aplicável legislação diversa da Portuguesa se a mesma fosse mais favorável para o agente (cfr. art. 38⁹⁶); e que tal regime seria aplicável, por analogia, ao contrato de concessão comercial.

Como a sentença arbitral recusou atribuir tal indenização, a mesma seria nessa medida contrária à ordem pública internacional do Estado português e, por essa via, não pode ser reconhecida em Portugal.

O tribunal da relação de Lisboa, pronunciando-se sobre o reconhecimento da sentença arbitral, considerou que, apesar de existir uma divergência entre a ordem jurídica interna (que reconhece a indenização de clientela em tais contratos) e a sentença arbitral (que, por força da aplicação da lei espanhola, não a reconheceu), tal divergência não colide de forma intolerável com os princípios e normas fundamentais da ordem jurídica portuguesa, de modo a se dever considerar que tal divergência não viola manifestamente a ordem pública internacional do estado português.

A Parte B, inconformada com tal acórdão, recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça.

QUESTÃO A SER DECIDIDA PELO TRIBUNAL

A questão a ser decidida era saber se, ao não analisar e aplicar uma norma imperativa da legislação portuguesa, de aplicação imediata, a sentença arbitral seria contrária à ordem pública internacional do Estado português, com o conseqüente reconhecimento de tal sentença arbitral em Portugal.

ARGUMENTOS APRESENTADOS PELAS PARTES

A Parte B, nas suas alegações de recurso, alegou que as regras estabelecidas no regime jurídico do contrato de agência (designadamente, os arts. 33⁹

4 Decreto-Lei nº 178/1986, de 3 de julho, que procede à transposição da Diretiva Comunitária nº 86/653/EEC, de 18 de dezembro de 1986, que procede à regulação do regime jurídico dos contrato de agência e relações entre agentes e principais.

5 O art. 33º, nº 1, do DL 178/1986 refere o seguinte: “Art. 33. 1 – Sem prejuízo de qualquer outra indenização a que haja lugar, nos termos das disposições anteriores, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indenização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes: a) O agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; b) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo agente; c) O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a)”.

6 O art. 38º do DL 178/1986 refere o seguinte: “Art. 38. Aos contratos regulados por este diploma que se desenvolvam exclusiva ou preponderantemente em território nacional só será aplicável legislação diversa da portuguesa, no que respeita ao regime da cessação, se a mesma se revelar mais vantajosa para o agente”.

e 38º do DL 178/1986) são normas de aplicação direta e imediata, ou seja, internacionalmente imperativas, que o ordenamento jurídico português consagra como imperativamente aplicáveis, independentemente da lei que as partes escolheram para reger o contrato (*lex contractus*).

A recorrente invocou uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), referente ao processo “INGMAR”⁷, que se relacionava com a aplicação da Diretiva Comunitária nº 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986 (relativa à coordenação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos contratos agência). No caso INGMAR, o TJUE decidiu que a Diretiva garante determinados direitos ao agente comercial após término dos contratos de agência, e considerou ainda que a lei do Estado-membro em que o agente tenha exercido a sua atividade deve ser aplicada, mesmo que o comitente esteja estabelecido num país terceiro, e que as partes tenham estipulado no contrato a lei desse país terceiro como lei aplicável.

Invocou, ainda, o Acórdão Português Uniformizador de Jurisprudência nº 3/2008, que considerou que “a cláusula de atribuição de jurisdição inserida num contrato de agência mantém-se em vigor para todas as questões de natureza cível, mesmo que relativas ao respectivo regime de cessação”.

Concluiu, por fim, que a sentença arbitral era contrária às regras de ordem pública Portuguesa e não poderia ser reconhecido nos termos do art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque.

A Parte A contra-alegou, expondo que o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque se refere à ordem pública internacional e que a sentença arbitral não é contrária a essa ordem pública, porque as regras imperativas dos contratos de agência comercial não devem ser considerados como princípios fundamentais que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem pública internacional.

Veio invocar que o contrato sob análise era um contrato de concessão comercial e não um contrato de agência, e que apesar de a maior parte dos autores portugueses defender a aplicação por analogia do regime da agência a tal contrato, há alguma controvérsia na aplicação imediata da indenização de clientela ao contrato de concessão e o reconhecimento dessa indenização como um direito fundamental pertencente ao concessionário.

Acrescentou que o caso “INGMAR” não seria aplicável ao caso presente, porque se referia a uma escolha fraudulenta da lei de um Estado fora da UE, quando o agente estava localizado num Estado-membro da EU, o que não sucede com a presente situação, em que a lei aplicável era a de outro Estado-membro (Espanha). Para além do mais, o caso “INGMAR” refere-se em ex-

7 Processo nº C-381/1998.

clusivo a um contrato de agência, e não pode ser aplicado por analogia a um contrato de concessão (outro tipo de contrato de distribuição comercial), precisamente porque todos os outros contratos de distribuição comercial não têm uma regulamentação uniformizada a nível europeu. Assim, a indenização de clientela não é imediata e automaticamente aplicável a outros acordos de distribuição.

Finalizou, referindo que a circunstância de tais normas do contrato de agência serem normas internacionalmente imperativas e, por isso, integrarem a ordem pública portuguesa, não significa que tais normas integrem a ordem pública internacional do Estado português, devendo fazer-se uma distinção entre as normas internacionalmente imperativas (ou normas de aplicação imediata) e a esfera de ordem pública internacional, que tem um núcleo muito mais restrito que a ordem pública interna. Pugnou pelo reconhecimento da sentença arbitral, considerando que tal reconhecimento não leva a qualquer resultado manifestamente incompatível com normas e princípios fundamentais estruturantes da ordem jurídica do foro.

DECISÃO DO TRIBUNAL

O Supremo Tribunal de Justiça começou por analisar a possível aplicação da Convenção de Nova Iorque ao caso em apreço, tendo considerado que tal convenção prevalece sobre quaisquer outras normas internamente vigentes.

Em relação à recusa de reconhecimento com base na violação da ordem pública, prevista no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, o tribunal considerou que a ordem pública referida naquela disposição é a ordem pública internacional do Estado em que se pede o reconhecimento ou execução, por contraposição à ordem pública interna desse Estado.

Quanto a este ponto, note-se para o fato de a LAV portuguesa considerar, concretamente, como causa de não reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o fato de o reconhecimento ou a execução da sentença conduzir a um resultado *manifestamente incompatível* com a *ordem pública internacional* do Estado português [cfr. art. 56(1)(b)(ii), tendo uma redação diferente (e mais restritiva) do que a Convenção de Nova Iorque].

O Supremo Tribunal considerou que não há, contudo, uma definição de ordem pública internacional, sendo este um conceito vago e fluido, tendo tal tribunal invocado variados autores portugueses para definir tal conceito e, bem assim, algumas fontes internacionais, tal como as recomendações da “*International Law Association*” (ILA), emitidas em 2002.

No trabalho de interpretação de tal conceito, o tribunal considerou que o cerne da violação da ordem pública internacional radica na solução dada ao caso concreto, ou seja, os seus efeitos jurídicos, e não nos fundamentos ou cri-

térios empregues para a sua obtenção. Sintetizou também algumas definições anteriormente efetuadas por tribunais portugueses, considerando que a ordem pública internacional do Estado português é composta por “uma amálgama de valores basilares e conceitos dominantes de índole social, ética, política e econômica, expressos em princípios e regras que o aplicador deve, em cada momento histórico, interpretar e reconhecer a fim de apreciar se os mesmos se podem ter como afrontados pelo resultado a que se chegou na sentença arbitral revidenda”.

Posto isto, o Supremo Tribunal acrescentou que tal conceito não poderia incluir automaticamente todas as regras imperativas do ordenamento jurídico interno e que, para analisar se o caso em questão envolveu uma violação da ordem pública, teria de olhar para os efeitos reais e resultado da decisão, e não os motivos ou critérios utilizados para tal decisão.

Entrando na questão concreta relativamente ao contrato de agência, e saber se a não aplicação de uma indenização de clientela prevista em tal diploma poderia ser considerado uma violação de ordem pública, o Supremo Tribunal começou por esclarecer que o contrato em questão não era, *tout court*, um contrato de agência, mas um contrato de concessão. Como a lei portuguesa não tem disposições específicas para tais contratos de concessão (mas apenas para contratos de agência), concluiu o tribunal que, em relação a tal aspecto, não há diferença substancial entre a legislação espanhola (que também não prevê a indenização de clientela ao concessionário) e a legislação portuguesa.

Ainda que as disposições do contrato de agência tivessem aplicação subsidiária aos contratos de concessão, a indenização de clientela não se aplicaria automaticamente e incondicionalmente a tais contratos, dado que o Direito português também não reconhece automática e incondicionalmente ao concessionário tal indenização. Aliás, a ser aplicada a lei portuguesa ao caso *sub iudice*, a decisão poderia ser exatamente a mesma que a da sentença arbitral, que aplicou a lei espanhola – ou seja, a conclusão de que o concessionário não teria direito a qualquer indenização de clientela, ainda que se aplicasse por analogia o regime do contrato de agência.

Assim sendo, considerou o Supremo Tribunal de Justiça que não encontravam-se perante nenhuma situação em que a sentença arbitral afrontasse, de modo gravoso, os princípios fundamentais que compõem a ordem pública internacional portuguesa.

Por último, e tendo em conta a invocação do caso “INGMAR”, o Supremo Tribunal de Justiça analisou a possibilidade de as partes terem escolhido a lei espanhola com o único propósito de defraudar a aplicação do regime jurídico do contrato de agência, ou seja, se as partes poderiam ter agido de forma fraudulenta na escolha de Direito espanhol. Considerou, porém, que isso não resultou provado, ao contrário do caso “INGMAR”. A crescer, tal caso

“INGMAR” respeitava unicamente a um contrato de agência, e não a contratos de concessão, que não são reguladas por qualquer diretiva da EU, pelo que o mesmo não teria qualquer aplicação à situação *sub iudice*.

Em conclusão, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a atribuição de uma indenização de clientela a um concessionário não assenta num valor essencial, não tem por base nenhum direito fundamental, ou uma concepção de índole social, ética ou econômica que no presente momento histórico possa ser considerado como pertencente à ordem pública internacional do Estado português. O fato de tal indenização ser obrigatória em contratos de agência não leva à conclusão de que ela deva ser considerada como um conceito de ordem pública, quando aplicada a concessionários, e se o legislador assim o pretendesse, tê-lo-ia afirmado expressamente e excluído a arbitrabilidade das disputas que ocorressem em tal contexto.

O Supremo Tribunal confirmou, assim, a decisão recorrida, com o respectivo reconhecimento e execução da sentença arbitral, considerando que a mesma não era manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.

II – COMENTÁRIO

A decisão preferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, bem como a que já tinha sido proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, é de louvar, tendo os mesmos interpretado corretamente o conceito de ordem pública internacional, entendido como um conceito limitado e restrito que só deve ser utilizado em circunstâncias muito excepcionais.

Em especial, no que concerne ao art. V (2) (b) da Convenção de Nova York, o tribunal considerou automaticamente que o conceito de ordem pública que estaria em causa teria de ser um conceito internacional (e não conceito de ordem pública interna), também na esteira do que foi transposto na LAV portuguesa sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (apenas as que sejam *manifestamente* incompatíveis com a ordem pública *internacional* do Estado português é que devem ser recusadas).

A questão, evidentemente, surge com grande acuidade quando estamos perante normas imperativas do Estado português, tal como os arts. 33º e 38º do regime jurídico do contrato de agência. Apesar de certas normas imperativas poderem, em teoria, entrar dentro do conceito de ordem pública internacional, consideramos que o Supremo Tribunal de Justiça, no presente caso, chegou à conclusão correta, pois a não atribuição de uma indenização de clientela a uma concessionária não pode ser considerada como uma violação dos conceitos fundamentais da moralidade e a justiça, e muito menos uma violação manifesta de tais conceitos.

Apesar de já existirem alguns acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que analisaram a questão da ordem pública internacional no reconhecimento e na execução de sentenças arbitrais estrangeiras (considerando que a ordem pública que obsta ao reconhecimento e à execução de tais sentenças é uma ordem pública internacional, composta pelos princípios fundamentais estruturantes), a presente decisão é bastante relevante, pois procedeu a tal análise já depois de a LAV portuguesa ter sido publicada, tendo o conceito de ordem pública assumido grande relevância ao abrigo daquela lei, pois, para além de permitir a recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o conceito de ordem pública internacional também é fundamento de anulação de sentenças arbitrais nacionais.

Em termos de fundamentação do acórdão, a dúvida permanece sobre se a decisão do tribunal teria sido exatamente a mesma se estivéssemos perante um contrato de agência em vez de um contrato de concessão, e se tal tribunal manteria a sua decisão – ou seja, que não estamos perante uma violação da ordem pública internacional pelo fato de não ser arbitrada qualquer indenização de clientela ao agente, por outra legislação (que não a portuguesa) não prever tal indenização. Cremos que, neste caso, tal análise assumiria contornos ainda mais difíceis, tendo em conta que a fundamentação dada pelo Supremo Tribunal de Justiça se baseou maioritariamente no fato de estarmos perante outro acordo de distribuição, que não o contrato de agência, o qual implicaria sempre uma aplicação analógica (e não automática) do regime da agência. Cremos, porém, que a decisão do tribunal teria de ser sempre a mesma.

Questão que também poderia ter sido relevante, mas que não foi analisada pelo Supremo Tribunal, foi o fato de a parte que pretendeu obstar ao reconhecimento da sentença arbitral ter acatado tal decisão arbitral no passado, não tendo impugnado a mesma junto dos tribunais franceses e tendo, inclusive, assinado um acordo de transação (“acordo de quitação”) com a contraparte, para pagamento dos montantes em dívida. Ora, se se conformou com tal sentença arbitral anteriormente, parece que tal parte age em abuso do seu direito quando vem obstar ao reconhecimento da sentença em Portugal.

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

Sócio Coordenador de PLMJ Arbitragem.

CARMEN BAPTISTA ROSA

Associada Sênior da PLMJ Arbitragem.