

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Faculdade de Direito
Escola de Lisboa

Mestrado em Direito
Orientado para Investigação

O Direito Comercial Internacional, a Arbitragem e a Lex Mercatoria

Orientador: Mestre Armindo Ribeiro Mendes

30 de Outubro de 2013

Iñaki Paiva de Sousa

À Inês
À minha mãe
Ao Dr. Armindo Ribeiro Mendes pela excelente orientação

NOTA PRÉVIA

O presente trabalho foi elaborado no âmbito do Mestrado em Direito Orientado para a investigação. As referências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias nele contidas reportam-se a 30 de Outubro de 2013.

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTOS.....	i
NOTA PRÉVIA.....	1
ÍNDICE GERAL.....	2
PRINCIPAIS ABREVIATURAS.....	3
INTRODUÇÃO.....	4
CAPÍTULO I - Direito Comercial Internacional.....	10
1.1 Óptica do tribunal estadual internacionalmente competente.....	13
1.2 Óptica do tribunal arbitral.....	19
1.2.1 Diferentes posições.....	19
1.2.2 Controlo estadual.....	27
1.2.2.1 Anulação das decisões "nacionais" e recurso.....	28
1.2.2.2 Reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras.....	52
1.2.2.3 Oposição à execução.....	68
1.2.3 Posição adoptada.....	69
CAPÍTULO II - Admissibilidade do Direito Autónomo do Comércio Internacional..	78
2.1 - Óptica do tribunal estadual internacionalmente competente.....	78
2.1.1 - Princípio da autonomia de vontade em Direito Internacional Privado.....	78
2.1.2 - Designação pelas partes.....	83
2.1.3 - Aplicação pelos juízes.....	86
2.2 - Óptica do tribunal arbitral.....	88
2.2.2 Designação pelas partes.....	89
2.2.3 Aplicação pelos árbitros.....	90
CAPÍTULO III – A <i>lex mercatoria</i>	92
3.1 A antiga e a nova <i>lex mercatoria</i>	92
3.2 Conteúdo.....	101
CONCLUSÕES.....	104
BIBLIOGRAFIA.....	106
JURISPRUDÊNCIA.....	123

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

AAA - American Arbitration Association

CJB - Código Judiciário Belga

CPC - Código de Processo Civil aprovado pela lei n.º 41/2013, de 26 de Julho

FAA - Federal Arbitration Act

F.3d - Federal Report, 3d Series

F.Supp. - Federal Supplement

HGB - Handelsgesetzbuch

ICC - International Chamber of Commerce, Paris

LAV - Lei de Arbitragem Voluntária, aprovado pela lei n.º 63/2011, de 14 de
Dezembro

LCIA - London Court of International Arbitration

LDIP - Lei de Direito Internacional Privado Suíça (1987)

RDIPP - Rivista di diritto internazionale privato e processuale

Rev. Arb. - Revue de l'arbitrage

U.S - United States Supreme Court Reports

ZPO - Zivilprozeßordnung

Introdução

Cada época teve o seu direito¹. Os gregos tiveram o direito natural; os romanos o *ius gentium*; a Idade Média teve o *ius commune*; o *ius canonicum*; o *siyar*² islâmico; o *droit de gens* francês, etc. Todos estes “direitos” que mencionámos tiveram a vocação de regular as relações humanas acima das limitações territoriais, fossem estas cidades-polis, feudos ou Estados-nação.

Nos dias de hoje, um dos factores de entrave a um direito verdadeiramente internacional é a soberania dos Estados. Todavia, este entrave foi enfraquecendo sobretudo por uma razão económica: a globalização. A globalização comercial³ precisa de uma globalização jurídica. Existe uma “crise” do Direito Internacional Privado que deixa de poder responder razoavelmente aos problemas das relações além fronteiras, precisamos de um novo paradigma⁴ ou uma aplicação mais “moderna” do processo conflitual.

Actualmente, as relações do comércio internacional entre operadores económicos são regulados por um conjunto de normas e princípios de direito privado que consubstancia o objecto de uma disciplina jurídica chamada Direito Comercial Internacional. Dentro da qual existem duas temáticas muito específicas: a arbitragem e a *lex mercatoria*.

A arbitragem será estudada neste contexto como o meio, por excelência⁵, de resolução dos litígios resultantes deste comércio internacional. Aliás, como entendemos que a determinação do direito do comércio internacional se faz pela óptica

¹ V. RAFAEL DOMINGO [2010: 3].

² *Idem* pp. 19 e ss.

³ *Idem* p. 33, v. sobre a evolução do comércio internacional HELENA BRITO [2004: 25-50].

⁴ Como diz e bem RAFAEL DOMINGO [2010: 53]: “*International law is in its death throes, and with it an outdate order will become extinct, giving way to a new paradigm of globalization. That much is certain. What is also clear is the need to regulate the interactions of a concrete and ever more extended human community, which gives rise to a whole host of legal relationships and questions of justice that must respond to the new millennium’s imperatives*”.

⁵ Relegando para uma posição subsidiária ou mesmo secundária os tribunais estaduais. Chega-se a afirmar que 90% dos contratos comerciais internacionais contêm cláusulas compromissórias. V. LIMA PINHEIRO [2005b: 23], v. também ERDEM [2011: 247]: “[a]rbitration is the most preferred and trusted way of dispute resolution for international commercial transactions”.

dos órgãos de aplicação, devemos colocar-nos na óptica do tribunal arbitral para averiguar desse direito.

A arbitragem internacional, na esteira de LIMA PINHEIRO, é aquela arbitragem voluntária que, tendo contactos juridicamente relevantes com mais de uma ordem jurídica, coloca um problema de determinação do seu estatuto⁶. De forma mais restrita, chamaremos arbitragem comercial internacional àquela que tem por objecto litígios emergentes do comércio internacional ou que põe em causa interesses do comércio internacional⁷.

Este recurso à arbitragem deve-se a razões de celeridade⁸, de maior neutralidade dos árbitros em oposição aos juízes com nacionalidade de uma das partes⁹, da possibilidade de ter árbitros especialistas¹⁰, de flexibilidade de aplicação de Direito autónomo¹¹ e pela possibilidade dos árbitros decidirem com base na equidade¹². Acrescente-se ainda o maior grau de confidencialidade, tanto no ocorrido no processo como na não publicitação das sentenças.

Em todo o processo arbitral o árbitro deve tomar em consideração dois princípios: o da vontade das partes e o da eficácia da decisão arbitral¹³. Este último obriga o árbitro a ter em conta de antemão o controlo que os tribunais estaduais fazem das sentenças arbitrais¹⁴.

A doutrina tende a afirmar, maioritariamente, que as sentenças arbitrais são em 90% das vezes respeitadas sem necessidade de execução^{15 16}, todavia, apesar desta realidade, os árbitros devem sempre atender à necessidade de se executar a sentença num determinado Estado¹⁷.

⁶ LIMA PINHEIRO [2005b: 53].

⁷ V. *infra* p. 11-12.

⁸ LIMA PINHEIRO [2005b: 24].

⁹ *Idem* p. 25.

¹⁰ *Idem*

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem*

¹³ V. *infra* p. 69.

¹⁴ BOTELHO DA SILVA [2004:]

¹⁵ MENEZES CORDEIRO [2011a: 255]; REDFERN/HUNTER, [1986: 313] e BORN [2009: 2552, 2711 e 2736].

¹⁶ REDFERN/HUNTER [1986: 314] mencionam várias formas de pressão social.

¹⁷ PAULSSON [1981: 376].

A possibilidade de obter uma sentença arbitral que tem o mesmo valor da de um tribunal estadual é sem dúvida o elemento de distinção de outros métodos alternativos de resolução de litígios, pois as partes pretendem uma decisão vinculativa¹⁸.

A bem ver, o que as partes querem é uma decisão eficaz^{19 20}. É o interesse das partes por excelência, pois, de nada lhes interessa ter uma decisão arbitral insusceptível de ser executada porque foi anulada ou não reconhecida²¹. A possibilidade de penhorar e vender o património da parte vencida é, por isso, um dos elementos mais importantes que o árbitro deverá ter em conta. Deve, pois, atender aos possíveis Estados onde a sentença careça de ser executada ou reconhecida, sobretudo naqueles países onde as partes tenham o seu património, seja o Estado onde a arbitragem teve lugar²² ou o Estado em que a sentença é considerada estrangeira e careça de reconhecimento. Não nos podemos esquecer que o tribunal arbitral não tem competência para executar as suas próprias decisões²³.

Normalmente uma parte que está em desacordo com a decisão final quer pôr em causa a decisão, podendo até mesmo a parte vencedora não estar satisfeita com a mesma²⁴.

Em primeiro lugar uma parte pode impugnar ou recorrer da sentença proferida²⁵, visando evitar, assim, a sua execução, cabendo às leis de cada país definir os

¹⁸ V. REDFERN/HUNTER [1986: 313].

¹⁹ No mesmo sentido LIMA PINHEIRO [2005: 286].

²⁰ Como diz e bem PAULSSON [1981: 363] “*Parties active in international commerce care about the reality of the protection they receive. If theoreticians are reduced to insisting that protection which has proved effective in practice is aberrant because it has its source outside the conceptual system they have elaborated, perhaps the time is ripe to expand the notion of the legal framework of transnational arbitration*”.

²¹ Afirma BARROCAS [2010: 611] “a sua [da sentença arbitral internacional] validade e eficácia depende da apreciação e do apoio que a lei nacional e os tribunais judiciais da sede do tribunal arbitral lhe concederem.”

²² Sobre a determinação deste critério ver *infra* p. 32-34.

²³ BARROCAS [2010: 611].

²⁴ V. REDFERN/HUNTER [1986: 313]: “*In practice at least one party to an arbitration is usually disappointed at the result. Arbitration is not like conciliation or mediation, where the result must by definition be acceptable to both parties.*”

²⁵ Veja-se a posição de *Gotaverken* citada em PAULSSON [1981: 366], afirmando que a Convenção de Nova Iorque “*tends to concentrate the control function in the country where a sentence is sought to be executed rather than in the Country where it is rendered*”.

pressupostos de anulação ou recurso das sentenças²⁶, ainda que a tendência actual seja a de harmonizar os fundamentos de anulação com os previstos para recusa de reconhecimento de sentença²⁷.

Já no caso de estarmos perante uma decisão arbitral estrangeira, a parte que pretende valer-se da decisão terá que pedir o reconhecimento no Estado onde procura penhorar o património da parte condenada. A Convenção de Genebra e, mais tarde, a Convenção de Nova Iorque foram celebradas para facilitar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras²⁸, falando-se mesmo de um princípio de *favor arbitrandum*²⁹. A Convenção de Nova Iorque consegue grande aceitação e êxito, sendo adoptada em numeroso países, levando os Estados a favorecerem o reconhecimento das sentenças arbitrais, porque a arbitragem foi crescendo consideravelmente como meio alternativo e principal de resolução de litígios do comércio internacional, ao mesmo tempo que foi ganhando um “especial relevo económico”³⁰.

Por último, não basta que a decisão seja reconhecida, pois em sede de acção executiva pode o executado opor-se à execução.

Em suma, a eficácia da decisão arbitral pode ser posta em causa em três situações: em acção de anulação ou por via de recurso; no caso de recusa de reconhecimento de decisão arbitral estrangeira; e por último através da oposição à execução. No que diz respeito ao mérito da causa, que é o que nos detém, os fundamentos de impugnação/recusa de reconhecimento/oposição à execução que os árbitros devem tomar em consideração são³¹:

- desrespeito da convenção das partes sobre o Direito aplicável;
- desrespeito pelas normas estaduais sobre a determinação do Direito aplicável³² ao mérito da causa; e
- desrespeito pela ordem pública internacional.

²⁶ BORN [2009: 2552].

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem* p. 2712-2713.

²⁹ *Idem* p. 2716 e 2736.

³⁰ MENEZES CORDEIRO [2011a: 264].

³¹ Cfr. LIMA PINHEIRO [2005b: 268].

³² BORN [2009: 2553].

O conhecimento desta realidade jurídica determinará o estatuto da arbitragem e a admissibilidade da *lex mercatoria*. Entendemos que é a partir deste conhecimento que se formam os pilares para a compreensão da determinação do direito a ser aplicado pelos tribunais arbitrais e também a razão de admissibilidade da *lex mercatoria*. É um pré-entendimento que necessariamente irá servir de base para a explicação de todos os aspectos mais importantes de discussão doutrinária.

Quando nos referimos à *Lex Mercatoria*, elemento do *ius commune*³³, estamos a conceber um direito que tem vocação para regular relações humanas acima das limitações territoriais, mas estas não são políticas, familiares ou penais, são exclusivamente comerciais.

A *lex mercatoria* continua a ser, hoje em dia, apesar de muitos anos desde a sua criação, um assunto bastante debatido e interessante, ainda na sua fase inicial. Uma tese sobre a *lex mercatoria* acaba por ser sempre inovadora e, mais importante, terá uma função de consolidação. O mundo está a mudar e a “[g]lobalization commands a reformulation of the law, an appropriate legal response to changing times to avoid becoming hostage to outmoded, transient paragons. It is a moral obligation”³⁴.

A própria definição desta *lex mercatoria* depende da concepção: seja ela minimalista, intermédia ou maximalista³⁵.

A primeira inclui na *lex mercatoria* as práticas, costumes e usos que se desenvolveram no âmbito do comércio internacional³⁶, havendo autores que também aí consideram os contratos, cláusulas contratuais³⁷ e as decisões arbitrais³⁸.

Já numa posição intermédia, ao elenco *supra* mencionado, acrescenta-se as convenções internacionais e leis-modelo³⁹. Há, ainda, quem defenda a inclusão de normas estaduais internas destinadas a regular situações privadas internacionais e princípios gerais de direito.

³³ V. neste sentido RAFAEL DOMINGO [2010: 18].

³⁴ RAFAEL DOMINGO [2010: xiv].

³⁵ MARQUES DOS SANTOS [1991: 658-659].

³⁶ Neste sentido VRIES [1978: 118 e ss.].

³⁷ LAGARDE [1983: 128].

³⁸ GOLDMAN [1979: 478 e 485-497].

³⁹ SCHMITHOFF [1981: 22-31 e 1988: 541-542].

Na tese maximalista acrescentam-se o Direito Internacional Público⁴⁰ e as regras das organizações internacionais, tais como as resoluções, recomendações e os códigos de conduta pertinentes em matéria de Comércio Internacional.

Esta última concepção corresponde ao Direito Comercial Internacional no seu conjunto que regula tanto as relações privadas, como as relações entre Estados. Já a posição intermédia diz respeito ao Direito Comercial Internacional no entendimento defendido aqui, ou seja, o direito privado que regula as relações comerciais internacionais entre operadores económicos.

Assim, entendemos a *lex mercatoria* numa concepção minimalista, de forma a dar sentido a sua especificidade. Face a esta concepção faz sentido discutir a sua admissibilidade, pois os outros elementos presentes nas outras concepções, tais como o Direito Internacional Público ou as Convenções Internacionais, não apresentam qualquer especificidade nem originalidade. Entendemos que a *lex mercatoria* não é sinónimo do Direito Comercial Internacional, tanto entendido num sentido amplo, como restrito. Assim a *lex mercatoria* é entendida como Direito espontâneo⁴¹, criado por comerciantes, associações comerciais ou órgãos paraestaduais.

Em última instância, no que diz respeito à *lex mercatoria*, o que se pretende é responder à seguinte pergunta: “[d]o trade usages, actually made by the participants in commercial communities, receive recognition and enforcement by either national courts or international arbitrators?”⁴².

⁴⁰ LANDO [1985: 748-751].

⁴¹ MARQUES DOS SANTOS [1991: 668].

⁴² BEDERMAN [2010: 117] .

CAP I - O Direito Comercial Internacional

Na nossa introdução já definimos perfunctoriamente o que se entende por Direito Comercial Internacional^{43 44 45}, vamos, agora, neste capítulo, determo-nos na sua análise. Assim, consideramos que se **trata do conjunto de normas e princípios jurídicos de Direito Privado que regula as relações do comércio internacional**⁴⁶.

O primeiro elemento a destacar é o “*conjunto de normas e princípios jurídicos*”⁴⁷. Qualquer regulação jurídica é feita através de normas e princípios, tendo como origem várias fontes. Estas normas e princípios que fazem parte do Direito Comercial Internacional não se confundem com a *lex mercatoria*⁴⁸, esta é entendida num sentido mais restrito como vimos *supra*.

Ao precisar o que são “*relações de comércio internacional*”⁴⁹, poderíamos logo à partida inclinar-nos para a utilização do critério de comercialidade de um determinado direito nacional. No entanto, este conceito não só não é comum no sistema continental

⁴³ Esta expressão nem sempre teve o mesmo sentido, sendo que a meados do sec. XIX era entendido como um direito de um determinado país referente ao comércio internacional. V. JALLES [1975: 12-13].

⁴⁴ Entendido não como um ramo de Direito mas uma disciplina jurídica, v. LIMA PINHEIRO [2006a: 9-10]. V., também a definição dada por HELENA BRITO [2004: 50-75]; Em sentido contrário JALLES [1975: 5]: “*ramo autónomo da ciência jurídica*”.

⁴⁵ V. também §10 do Documento A/6398 do Secretário-Geral das Nações Unidas, disponível em www.uncitral.org. “*Law of International Trade' may be defined as the body of rules governing commercial relationships of a private law nature*”.

⁴⁶ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 13 e 2005a: 15]; SANTOS JÚNIOR [2005: 162] e JADAUD/PLAISANT [1981: 1]: “*le droit du commerce international est constitué par l'ensemble des règles juridiques qui régissent les opérations commerciales réalisées par des personnes dont les intérêts sont situés dans des Etats différents*”.

⁴⁷ JADAUD/PLAISANT [1981: 1]: “*droit: car il expose l'ensemble des règles juridiques qui sont suivies par ceux qui ont une activité commerciale internationale, que ces règles proviennent de lois nationales, de traités internationaux, d'une réglementation professionnelle internationale ou d'usages internationaux*”.

⁴⁸ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 18-19].

⁴⁹ JADAUD/PLAISANT [1981: 1], “*commercial: car il saisit l'ensemble des opérations qu'implique l'exercice du commerce, tant pour ce qui est de la structure d'activité: statut du dirigeant d'entreprise – de l'entreprise – des sociétés, que pour ce qui concerne les actes qui expriment l'activité de l'entreprise: vente concurrence*” e FERRER CORREIA [1989: 178-181].

como nem sequer existe no sistema da *Common Law*. O Direito Comercial Internacional só sairia prejudicado se utilizássemos critérios nacionais. Estamos, pois, perante uma mundividência distinta⁵⁰.

A Lei-Modelo da UNCITRAL dá-nos uma definição de comércio internacional, entendendo que o termo comercial: “*should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road*”^{51 52}. Sendo uma enumeração exemplificativa, qualquer matéria conexa com as operações referidas (financiamento, cobertura de riscos e outras) também é comercial.

Quanto à internacionalidade⁵³, a doutrina tem utilizado um de dois critérios: a transferência de valores através de fronteiras^{54 55} ou as relações que põem em jogo

⁵⁰ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 13].

⁵¹ V. n. ao art. 1. n.º1 da Lei Modelo UNCITRAL. V., também, Preâmbulo dos Princípios de UNIDROIT de 2010: “the concept of “commercial” contracts should be understood in the broadest possible sense, so as to include not only trade transactions for the supply or exchange of goods and services, but also other types of economic transactions, such as investment and/or concession agreements, contracts for professional services, etc.” in Preamble, Comment § 2.

⁵² V. também lista dos diferentes negócios jurídicos no §10 do Documento A/6398 ob. cit.

⁵³ JADAUD/PLAISANT [1981: 1]: “*international: car il s’applique à toutes les relations commerciales et financières où sont en cause des personnes qui ont des intérêts ou des attachés localisés dans les Etats différents*” e FERRER CORREIA [1989:181-193].

⁵⁴ V. GOLDMAN [1964: 177]: “*Il [o comércio internacional] couvre en effet (...) l’ensemble des relations économiques internationales (...). On y englobera, en d’autres termes, les rapports internationaux d’échange auxquels participe au moins une entreprise privée*”; V. MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 85 §37], referente ao contrato internacional e no âmbito da arbitragem comercial internacional ver MOURA VICENTE [1990: 38 e ss].

⁵⁵ V. crítica ao critério tradicional em LIMA PINHEIRO [2006a 16-18], por exemplo, este critério não serve para os casos de *joint venture*, v. LIMA PINHEIRO [1998: 379-381]; v., também, SANTOS JÚNIOR [2005: 189] “*na verdade, a transferência de valores através de fronteiras parece configurar-*

interesses do comércio internacional⁵⁶, sendo que este último é actualmente o mais defendido pela doutrina. Este último tem duas vantagens: é mais amplo que o primeiro e é o utilizado para aferir do que se entende por arbitragem comercial internacional.

Como se pode ver, no que diz respeito à internacionalidade, será relevante que o contrato apresente uma **conexão forte** com interesses do comércio internacional, adoptando-se um critério exclusivamente económico.

Este Direito Comercial Internacional, sendo “*Direito privado*”, tem como objecto relações entre operadores económicos e entre estes e Estados, embora este último não exerça o seu *Ius Imperium* (ou soberania)⁵⁷: os sujeitos da relação encontram-se numa posição de igualdade⁵⁸. Excluímos, pois, o Direito Internacional Económico que regula as relações económicas entre Estados, contendo normas de Direito Internacional Público⁵⁹.

Em suma, estamos perante relações entre empresas onde reina o princípio da autonomia da vontade, num espaço internacional em que, para além das regras de fontes estaduais, paraestaduais e supraestaduais, temos fontes autónomas.

Após a definição do Direito Comercial Internacional, a questão que se coloca em primeiro lugar é a de saber quais as normas e princípios jurídicos que se devem aplicar, isto é, qual o direito material aplicável.

Consideramos que, para tal, devemos avaliar o problema na óptica do órgão de aplicação do direito^{60 61}. Entendemos que os operadores económicos devem orientar-

se menos como um critério a se, do que um índice da verificação de que um contrato afecta os interesses do comércio internacional”.

⁵⁶ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 14]. A razão de se defender este critério prende-se com o facto de a arbitragem ser o meio de resolução por excelência dos litígios do comércio internacional e este é o critério utilizado pela Lei Modelo e pela maior parte das legislações nacionais, ob. cit., p. 18 e ss; neste sentido SANTOS JÚNIOR [2005: 187]; v., também, MOURA VICENTE [1990: 38 e ss].

⁵⁷ MOURA VICENTE [1990: 142].

⁵⁸ Atendendo à posição paritária das partes deve-se excluir do Direito comercial internacional as relações comerciais em que uma das partes seja considerada “mais fraca”, como nas relações com os consumidores finais e laborais. Neste sentido v. LIMA PINHEIRO [2006a: 17].

⁵⁹ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 15].

⁶⁰ Ao não considerar somente o tribunal estadual estamos a defender que o contrato internacional não está necessariamente inserido numa ordem jurídica estadual, não é um contrato internacional nacionalizado. V. LIMA PINHEIRO [2006a: 54]. Numa óptica tradicional v. MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 7] que “*o contrato ou obrigação internacional (...) continua a ver a sua sorte*

se pelo direito que o *tribunal internacionalmente competente* ou o *tribunal arbitral* irá aplicar à relação comercial internacional em caso de litígio. Estes dois órgãos de aplicação de Direito não são os únicos⁶², todavia, para efeitos deste estudo, são tidos como os mais relevantes, tendo em conta que são estes, em termos quantitativos, os que mais decidem sobre o Direito do comércio internacional - tanto a doutrina, como a prática assim o demonstram.

1. 1 Óptica do tribunal estadual internacionalmente competente:

Em primeiro lugar, na óptica tradicional⁶³ do tribunal estadual internacionalmente competente deparamo-nos com dois processos de regulação^{64 65}, o conflitual ou indirecto e o material ou directo⁶⁶, tendo como premissa que o que se pretende é “*obter a regulamentação mais justa e mais certa das questões jurídicas*

dependente da nacionalidade do órgão que sobre ele há-de estatuir” e FERRER CORREIA [2000: 19 e ss]: “*as questões de que se incumbe o DIP se resolvem em cada Estado de harmonia com normas pertencentes à ordem jurídica nele vigente*”, p. 23.

⁶¹ No mesmo sentido BOTELHO DA SILVA [2004: 18-19]

⁶² V. LIMA PINHEIRO [2006a: 55] “*certas jurisdições fundadas no Direito Internacional Público têm competência para decidir litígios emergentes de contratos internacionais*” e p. 56 “*os contratos internacionais também são regulados nos planos do Direito Internacional Público, do Direito Comunitário e do Direito Autónomo do Comércio Internacional*”. V. também, LIMA PINHEIRO [2009a, 64- 147].

⁶³ FERRER CORREIA [1985: 21-24].

⁶⁴ O pluralismo de método na regulação teve como um dos seus percursores D.J.Jitta e começou a ser largamente discutida a partir da obra de Ph. Francescakis. V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 525] e quanto a um Direito Internacional Privado aberto e pluralista, v. MARQUES DOS SANTOS [1991: 558].

⁶⁵ V. MENEZES CORDEIRO [2009: 162] “*o problema das relações que entrem em contacto com Direitos de diversos Estados pode ser resolvido por uma de três formas: ou pela aplicação do Direito nacional de um dos Estados em presença; ou pelo facto de, em momento prévio, os Direitos dos Estados em presença terem sido unificados, de tal modo que, frente a frente, apenas surjam normas equivalentes; ou pela existência de uma norma material internacional, aplicável ao caso*”.; V., também, LIMA PINHEIRO [2006a: 9]: “*o Direito Comercial Internacional engloba diferentes complexos normativos que são tanto de fonte supraestadual, como estadual ou paraestadual. É o caso do Direito material unificado no domínio do tráfico corrente de bens e serviços, do Direito autónomo do comércio internacional, do Direito de Conflitos aplicável a relações económicas transnacionais*”.

⁶⁶ V. LIMA PINHEIRO [2009a: 64].

*multiorientadas no espaço*⁶⁷. A aplicação de um ou outro processo de regulação depende do ordenamento jurídico onde o tribunal estadual se insira, seja da *Common Law*⁶⁸ ou da *Civil Law*.

O processo conflitual⁶⁹, neste âmbito, prende-se com a aplicação do sistema de Direito Internacional Privado de um determinado Estado que nos indicará qual o direito material a aplicar. Este, em regra geral, é de fonte legal e composto por normas de conflitos bilaterais⁷⁰. Aqui podemos ter uma via conflitual unilateralista, partindo da perspectiva da norma material, procurando o âmbito de aplicação espacial da mesma. Por outro lado, temos a via conflitual ou pluralista que “*consiste em partir da relação (...) a regular, para determinar, do ponto de vista do ordenamento do foro (...), qual a lei (...) que deve[m] presidir à regulamentação jurídico-material dessa questão*”⁷¹.

Já no âmbito do processo de regulação material, são cinco os casos com que nos deparamos:

Em primeiro lugar, poder-se-ia aplicar directamente o *direito do foro do tribunal estadual*^{72 73}, independentemente de estarmos perante uma relação comercial internacional ou não. A aplicação directa do direito do foro não deve ser permitida, pois põe em causa a harmonia internacional, a certeza e segurança jurídica⁷⁴, sendo incompatível com o Direito Internacional Público⁷⁵.

⁶⁷ MARQUES DOS SANTOS [1991: 395].

⁶⁸ Sobre o conflito de leis na perspectiva americana v. FERRER CORREIA [1985: 25-45].

⁶⁹ Sobre a evolução do processo conflitual ou do Direito Internacional Privado, v. MAGALHÃES COLLAÇO, [1966: 95-212]; nos países anglo-saxónicos v., ALBERT A. EHRENZWEIG [1974: 19-38] e sobre as normas de conflitos norte-americanas referentes aos contratos, v. MAGALHÃES COLLAÇO [1966: 147-212] e HERMA HILL KAY [2004: 129-143].

⁷⁰ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 79-80].

⁷¹ MARQUES DOS SANTOS [1991: 388 e 388], v. n. 1279. V. também EHRENZWEIG [1974: 14].

⁷² LIMA PINHEIRO [2006a: 68-69].

⁷³ Existem várias formas de *lexforismo* (tentativa de maximizar a aplicação da Lei do foro), V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 41-397].

⁷⁴ Estes são os três valores que assistem ao método conflitualista de herança savginiana.

⁷⁵ LIMA PINHEIRO [2006a: 69].

De seguida temos o *direito material especial de fonte interna*^{76 77} do Estado do órgão de aplicação. Determinados Estados criam uma legislação específica para regular uma relação comercial internacional, digamos que é uma espécie actual de *Ius Gentium*. Fará parte deste direito o conjunto de normas de fonte legal⁷⁸ e no caso de sistemas em que vigora o precedente, normas de fonte jurisprudencial^{79 80}. As vantagens que lhe estão associadas são a “*maior adequação à especificidade das relações internacionais*”⁸¹ e, em casos muito específicos, evitar problemas gerados pela técnica conflitual⁸². Contudo, não são mais do que “*simples projecções das concepções nacionais acerca do regime adequado às questões privadas internacionais*”⁸³.

Como exemplos de fonte legislativa consideramos o Código de Comércio Internacional da Ex-Checoslováquia, de 1964⁸⁴ e a Lei sobre os Contratos Económicos Internacionais (*Gesetz über internationale Wierschaftsverträge*) da ex-RDA, de 1976⁸⁵. Enquanto no Direito Romano a distinção entre *Ius Gentium* e *Ius Civile* assentava num critério subjectivo (*peregrini* ou *cives*), no caso destas legislações o critério é objectivo e assenta na internacionalidade, objectivamente determinada, das relações comerciais⁸⁶.

⁷⁶ Idem, p. 71. Este autor considera que não estamos perante uma técnica de regulação alternativa ao sistema de conflitos, v. Idem, p. 72-73.

⁷⁷ É o que se pode chamar como normas de Direito Internacional Privado Material, v. MARQUES DOS SANTOS [1991: 517 e ss. (549)]. Quanto à discussão da questão de saber se estamos ou não perante normas de aplicação imediata, v. o mesmo autor, idem, pp. 649 e ss e 694 e nota 2270.

⁷⁸ Será rara a criação de um *Ius Gentium* por via legislativa nacional. Neste sentido MARQUES DOS SANTOS [1991: 641].

⁷⁹ Como por exemplo as regras criadas pela jurisprudência francesa relativas às cláusulas-ouro. V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 552-553 e 619 e ss. e v. a citação feita em FRANCESKAKIS [1958: 17].

⁸⁰ Chega-se a defender uma “*trans-state law*” criada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que consagra as melhores soluções do ponto de vista da justiça material, v. MARQUES DOS SANTOS [1991: 616-617].

⁸¹ LIMA PINHEIRO [2006a: 72].

⁸² Idem, p. 75.

⁸³ MARQUES DOS SANTOS [1991: 652].

⁸⁴ Indicada em MARQUES DOS SANTOS [1991: 642].

⁸⁵ LIMA PINHEIRO [2006a: 72].

⁸⁶ MARQUES DOS SANTOS [1991: 644].

Como criação jurisprudencial verifica-se a regra relativa à estipulação de cláusulas-ouro em contratos internacionais, pelos tribunais franceses⁸⁷, sem esquecer o seu grande contributo no âmbito da arbitragem internacional na questão da licitude da cláusula compromissória, autonomia da convenção de arbitragem e capacidade do Estado⁸⁸.

Neste caso interessa-nos o direito material especial independente de normas de conflitos⁸⁹, delimitando o seu âmbito de aplicação no espaço através de dois pressupostos: uma conexão com um Estado estrangeiro e outra com o Estado do foro. Esta última é definida por normas de conflitos unilaterais que reportam a normas ou conjunto de normas materiais individualizadas.⁹⁰

Afirma LIMA PINHEIRO que esta técnica é muito utilizada “*no quadro da intervenção económica do Estado sobre relações “privadas” internacionais*”⁹¹, designadamente: no investimento estrangeiro; em direito de estabelecimento; na circulação de capitais; na transferência internacional de tecnologia; no acesso e exercício de certas actividades económicas como a seguradora e a bancária.

Outra técnica engloba o *direito material especial de fonte supraestadual*^{92 93}. Estamos perante uma unificação internacional, sobretudo através de Convenções internacionais. Esta unificação é conseguida por uniformização, unificação *stricto sensu* e harmonização.

A uniformização consiste num direito uniforme que se aplica às relações internacionais. São seus exemplos a Lei Uniforme em Matérias de Letras e Livranças e Lei Uniforme em Matéria de Cheques.

⁸⁷ V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 620].

⁸⁸ MARQUES DOS SANTOS [1991: 626].

⁸⁹ LIMA PINHEIRO [2006a: 77].

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 78.

⁹² Uma crítica assaz relevante ao método conflitual é feita por MARQUES DOS SANTOS [1991: 545], afirmando que este método passa pela estatização de uma situação internacional, perguntando-se mesmo “*se há situações que são absolutamente internacionais, que estão impregnadas de internacionalidade, fará sentido e será correcto proceder à sua regulamentação jurídica através do recurso a normas materiais de ordens jurídicas nacionais, normas essas que foram manifestamente pensadas para as situações puramente internas?*”.

⁹³ V. MAGALHÃES COLLAÇO [1966: 4-5].

Quanto à unificação, estamos perante direito material especial que se aplica às situações internacionais, a par de direito comum de fonte interna.

No que diz respeito à harmonização, tratam-se de regras e princípios fundamentais comuns, como por exemplo: Leis-Modelo.

Por outro lado, na regulação por normas de aplicação imediata ou normas imperativas estrangeiras^{94 95} estas consideram-se autolimitadas ao referirem-se a normas materiais que se aplicam independentemente das normas de conflitos⁹⁶.

Esta norma aplica-se porque estamos na presença de uma norma de conflitos unilateral *ad hoc*⁹⁷ (explícita ou implícita) que acompanha a norma material e, em certos países, a consideração de uma norma como de aplicação imediata pode ser feita casuisticamente^{98 99}. Podemos mesmo chamar-lhes, na esteira de NEUMAYER, normas internacionalmente imperativas que, em matéria contratual, têm prevalência sobre as normas imperativas da *lex cause*.¹⁰⁰

A razão de ser destas normas prende-se com a sua intensidade valorativa¹⁰¹, i.e., “*interesse público (...)*, ou, *rectius*, um interesse do Estado, *na conformação, na*

⁹⁴ A favor da tese de que as normas de aplicação imediata são um verdadeiro método autónomo ver MARQUES DOS SANTOS [1991: 962-977].

⁹⁵ Afirma MARQUES DOS SANTOS [1991:840]: “*quer a categoria das leis de aplicação imediata (...), quer todas e cada uma das normas de aplicação necessária têm o seu lugar específico no DIP, constituindo um dos métodos ou processos de regulamentação das questões privadas internacionais, para além e diferentemente das regras de conflitos de leis*”.

⁹⁶ V. LIMA PINHEIRO [2006a: 93].

⁹⁷ Cf. MARQUES DOS SANTOS [1991: 890]: “*é ponto assente para a doutrina portuguesa que as normas de aplicação imediata estão providas de uma <<regra de extensão>> (...); esta <<regra de extensão>> é, na realidade, no caso das normas de aplicação imediata, uma regra de conflitos unilateral ad hoc (...) a qual tem por função determinar, fora do sistema geral de regras de conflitos (...) o domínio de aplicação espacial da norma material (...) à qual está incindivelmente ligada. Poder-se-ia mesmo falar, a propósito destas regras de conflitos unilaterais ad hoc, de regras de acompanhamento, que podem ser expressas, ou, mais frequentemente, simplesmente dedutíveis a partir da consideração do fim da norma material ou da vontade do legislador*”.

⁹⁸ LIMA PINHEIRO [2006a: 93].

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ V. K.H. NEUMAYER [1958: 55-56, 73 e 77].

¹⁰¹ V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 897 e ss].

modelação, na orientação segundo um determinado fim (...) da actividade jurídico-privada dos sujeitos de direito”¹⁰².

A questão dogmática central no âmbito deste método relaciona-se com a questão de saber se os tribunais devem respeitar as normas de aplicação imediata de outros ordenamentos¹⁰³. A aplicação das normas de aplicação imediata da *lex causae* não traz qualquer dúvida¹⁰⁴. A razão de ser do dever de aplicar as normas de aplicação necessária de outros ordenamentos esta relacionado com o princípio de igualdade entre as normas de aplicação imediata do foro e as de ordenamentos estrangeiros, também por razões de harmonia internacional de decisões e, por último, por um dever de solidariedade internacional¹⁰⁵. Todavia, entendemos que a única forma possível de um tribunal dar relevância às normas de aplicação necessárias estrangeiras será através de uma norma que tal possibilite, mas com limites¹⁰⁶. É o que acontece actualmente com o art. 9.º, 3 do Regulamento n.º 593/2008 (Roma I), dando somente relevância às normas de aplicação necessária do Estado em que “*as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas*”. Gostaríamos de acrescentar as normas de aplicação necessária, “quando o Estado que as emana tem o poder fático de as pôr em prática ou de as executar, especialmente quando o devedor tem o seu domicílio ou possui bens no Estado estrangeiro em causa”¹⁰⁷. Isto deve-se à possibilidade deste Estado, aquando do reconhecimento e execução de sentença estrangeira, poder invocar a reserva de ordem pública para se opor aos efeitos práticos da sentença.

Por último, a regulação por *direito autónomo do comércio internacional*, sendo “*regras e princípios que se formaram independentemente da acção dos órgãos estaduais e supraestaduais, a nova lex mercatoria*”¹⁰⁸, é a técnica que nos interessa estudar profundamente, pelo que remeteremos esta questão para o capítulo sobre a admissibilidade deste direito autónomo e o capítulo sobre a *lex mercatoria*.

¹⁰² Idem, p. 934.

¹⁰³ A favor desta aplicação v. MARQUES DOS SANTOS [1991: 1041-1056].

¹⁰⁴ V. MARQUES DOS SANTOS [1991: 983-993].

¹⁰⁵ Neste sentido MARQUES DOS SANTOS [1991: 1042-1044].

¹⁰⁶ No mesmo sentido MARQUES DOS SANTOS [1991: 1046 e ss. (1047)].

¹⁰⁷ Citação retirada em MARQUES DOS SANTOS [1991: 1000], contendo a explicação da *Machtheorie* de KEGEL.

¹⁰⁸ LIMA PINHEIRO [2006a: 164].

1.2. Óptica do Tribunal Arbitral¹⁰⁹

A procura pelos árbitros das regras e princípios jurídicos que regulam um litígio referente ao comércio internacional (direito aplicável ao mérito da causa) é mais complexa do que o mesmo exercício feito por um juiz de um determinado tribunal internacionalmente competente. Acrescente-se, também, a necessidade de determinar o direito aplicável à convenção de arbitragem, à arbitrabilidade do litígio e ao processo arbitral. Podemos chamar a isto o Estatuto da Arbitragem, i. e., o conjunto de “*proposições aplicáveis a todos os aspectos, quer processuais, quer substantivos, do processo arbitral*”¹¹⁰.

Ao contrário dos juízes, os árbitros não têm uma *lex fori* onde se pode encontrar uma determinada norma de conflitos, pelo que, à partida, pode dizer-se que não se encontram vinculados às normas de conflitos de um determinado ordenamento¹¹¹. Todavia, sempre e quando as partes ou árbitros façam referência a determinadas regras processuais ou a regras substantivas, fazem-no sempre sob a alçada de determinadas normas de conflitos¹¹². O árbitro tem, no entanto, de determinar previamente essa norma.

1.2.1 As diferentes posições:

Na procura do direito de conflitos a aplicar, apresentam-se-nos quatro soluções¹¹³:

1.º A arbitragem internacional está vinculada ao Estado da sua sede, pelo que deve respeitar as normas referentes à arbitragem, em concreto o sistema de conflitos especial¹¹⁴;

¹⁰⁹ FERRER CORREIA [1989: 231-252].

¹¹⁰ LIMA PINHEIRO [2005b: 27].

¹¹¹ Neste sentido MOURA VICENTE [1990: 71]; LIMA PINHEIRO [1998: 407 e ss]; MOURA RAMOS/BENTO SOARES [1986: 384]; SAUSER-HALL [1952: 571]; FOUCHARD [1965: 366]; MAYER, ob. cit., p. 203 e 214; VON MEHREN, ob. cit., pp. 222 e ss.; BOTELHO DA SILVA [2004: 17-24]; Veja-se a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos de América, caso *Mitsubish Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court, 1985, 473 U.S. 614: “*the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates*”.

¹¹² No mesmo sentido, LIMA PINHEIRO [2005b: 357].

¹¹³ V. classificação diversa: GAILLARD [2008: 32-100] e BOTELHO DA SILVA [2004: 15 e ss.].

2.º A arbitragem internacional está vinculada ao conjunto de ordens jurídicas estaduais em que a decisão arbitral poderá ser susceptível de produzir efeitos jurídicos;

3.º A arbitragem internacional é anacional, pelo que os árbitros são livres, podendo determinar o Direito aplicável ao mérito da causa através de uma solução conflitual ou de uma solução material (tese anacional).

4.º A arbitragem internacional fundamenta-se num direito transnacional autónomo e é este que define o Direito de conflitos a aplicar.

Passemos agora a definir cada uma destas posições, apresentando no final deste capítulo a nossa posição.

No primeiro ponto parte-se da seguinte premissa: toda a arbitragem tem o seu fundamento numa ordem jurídica determinada^{115 116}. MANN¹¹⁷ defende que “*every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law*”¹¹⁸. Cabe à ordem jurídica dar eficácia à convenção de arbitragem e à sentença arbitral¹¹⁹.

Assim entendida, a arbitragem internacional implica que o estatuto da arbitragem seja definido pela lei da arbitragem de um determinado Estado. Num passo posterior, já no que diz respeito ao mérito, a lei de arbitragem contém, na maior parte dos casos, normas de conflitos e normas imperativas que balizam a liberdade dos árbitros¹²⁰.

¹¹⁴ PAULSSON [1981: 360].

¹¹⁵ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 448, 477 e 478] e BOTELHO DA SILVA [2004: 33 e ss.], veja-se a posição de MARQUES DOS SANTOS [1987: 264]: “*Esta Lei [LAV] há-de necessariamente aplicar-se a todas as arbitragens que ocorram em território português, sendo de todo irrelevantes quaisquer estipulações das partes ou dos árbitros em contrário*”.

¹¹⁶ GAILLARD [2008: 32 e ss.]

¹¹⁷ [2008: 35-39]

¹¹⁸ V. MANN [1967: 159].

¹¹⁹ Defendem REDFERN/HUNTER [2004: 77]: “[l]ike a contract, an arbitration does not exist in a legal vacuum” e “rules need the sanction of law if they are to be effective; and in this context the relevant law is the law of the place or seat of the arbitration”; v. também SANDERS [1999: 248 e ss.].

¹²⁰ Neste sentido SAUSER-HALL [1952: 531]; MOURA VICENTE [1990: 91], “*parece-nos que os árbitros devem basear-se nas normas de Direito Internacional Privado de uma determinada ordem jurídica nacional, tanto para aferirem da validade da escolha pelas partes do direito substantivo aplicável, como para, na falta da escolha, apurarem quais os critérios segundo os quais devem dirimir o conflito de leis sub iudice...*” e POUDET/BESSON [2007: 83], “[w]ithout entering into a philosophical debate, we consider that the parties’ will is necessarily based on a legal system from which it derives its validity. The *lex arbitrii* builds the foundation (*Grundnorm*) for the effectiveness of

Qual é o Estado relevante? A Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a Arbitragem em Direito Internacional Privado¹²¹ consagra que a determinação do Estatuto da arbitragem é feita pelo Estado da sede da arbitragem. SAUSER-HALL parece defender uma concepção jurisdicional¹²² da arbitragem quando defende que:

“Il faut reconnaître aux parties le pouvoir d’indiquer aux arbitres le droit selon lequel elles entendent que la sentence soit rendue; mais ces pouvoirs, elles ne peuvent l’exercer que dans les limites permises par les règles de rattachement de l’État du siège du tribunal arbitral qui en tant que lex fori, délimite l’entendue de l’autonomie qu’il y a lieu de reconnaître aux parties dans ce domaine. Si les parties n’ont pas conduit d’accord au sujet du droit applicable, les règles de rattachement des lois de l’État du siège du tribunal arbitral seront appliquées par les arbitres pour résoudre les conflits de lois soulevés devant eux par les parties”.

Assim, é o Estado da sede da arbitragem que atribui aos árbitros a função jurisdicional, logo é ao direito deste Estado que a arbitragem está submetida. A autonomia das partes e dos árbitros depende sempre de uma permissão dada por uma ordem jurídica estadual¹²³ e esta é o Estado da sede da arbitragem. Seguem a mesma posição MANN¹²⁴, PARK¹²⁵, GOODE¹²⁶ e POUURET/BESSON¹²⁷.

O art. 11.º da Resolução de Amsterdão é claro:

the arbitration agreement. Together with public international law, it constitutes one of two potential bases for arbitration. The lex arbitrii can either directly formulate norms governing the question to be resolved (material rules), or refer to another law (conflict-of-law rules)”.

¹²¹ Sessões de Amesterdão, 1957 e Neuchâtel, 1959.

¹²² V. FOUCHARD [1965: 364]: “[p]our cet auteur, l’arbitrage, auquel il reconnaît pourtant un certain aspect contractuel, revêt un caractère essentiellement juridictionnel” e como diz LIMA PINHEIRO [2005b: 185]: a teoria jurisdicional da arbitragem “presta[...]se, porém, a ser interpretada[...] no sentido de uma assimilação dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais e, nesta medida, minimiza[...] o papel da vontade das partes como fundamento da competência do tribunal arbitral e na regulação do processo arbitral. Por acréscimo, esta assimilação tem como corolários o exercício de uma função estadual pelos árbitros e, no tocante à determinação do estatuto da arbitragem transnacional, a teoria da sede”.

¹²³ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 449 e 480].

¹²⁴ [1967: 160 e ss].

¹²⁵ [1983: 21 e ss].

¹²⁶ [2000: 250 e ss].

¹²⁷ [2007: 83 e 86 e ss].

*“Les règles de rattachement en vigueur dans l’État du siège du Tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige. Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la loi choisie par les parties, ou à défaut d’indication expresse de celles-ci, déterminent quelle est la volonté des parties à cet égard, en considérant toutes les circonstances de la cause...”*¹²⁸.

Esta posição tradicional defende também que, na falta de norma de conflitos especial, aplica-se o Direito de Conflitos geral. Este entendimento assenta na assimilação¹²⁹ dos tribunais arbitrais aos tribunais Estaduais. Esta posição é a defendida na Resolução aprovada pelo Instituto de Direito Internacional (Neuchâtel, 1959) e pelo relatório SAUSER-HALL, e também era a posição do Direito Inglês anteriormente ao *Arbitration Act* de 1979¹³⁰.

Porém, a tese tradicional aqui exposta tem evoluído para uma posição mais moderada, em que os árbitros devem aplicar as normas da sede da arbitragem, mas o direito processual e direito de conflitos geral não são aplicáveis¹³¹.

A jurisprudência arbitral tem seguido esta orientação:

- ICC case n.º 7929 (1995): *“Since the seat of this arbitration is Switzerland, the arbitration itself (...) is governed by that part of Swiss Private International Law”*¹³²;
- ICC case n.º 8420 (1996): *“This arbitration is governed by Chapter 12 of the Swiss Code on Private International Law [PILA]. According to Art. 176(1) PILA, the provisions of Chapter 12 on international arbitration ‘shall apply to any arbitration if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland’”*¹³³;

¹²⁸ *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1957, p. 484.

¹²⁹ Cfr. LIMA PINHEIRO [2005b: 78] *“a atitude tradicional (...) favorecia uma certa assimilação dos tribunais arbitrais com sede num Estado aos tribunais deste Estado. Isto traduzia-se, designadamente, no entendimento que os tribunais da arbitragem transnacional deveriam aplicar o Direito de Conflitos geral vigente na ordem jurídica deste Estado”*.

¹³⁰ V. MANN [1967: 160 e ss].

¹³¹ V. PARK [1983: 21 e ss.]; REDFER/HUNTER [2004: 92 e ss.]; BLESSING [2000: 206 e ss] e FERNÁNDEZ ROZAS [2002: 46 e ss e 200 e ss], v. *infra* p..

¹³² *Yearbook Commercial Arbitration*, XXV (2000), p. 313.

¹³³ *Idem.*, p. 330.

- *Ad Hoc arbitration*, 4-5-1999: “*the Arbitral Tribunal is bound to follow the agreement of the Parties (...). The arbitral Tribunal is not required to apply any national rules of procedure unless a Party has shown that the application of such rule is mandatory*”¹³⁴;
- *Hamburg Friendly Arbitration* (29-12-1998): “[t]he law to the merits is determined according to German private international law (...). According to this law, the choice of Hamburg as the seat of arbitration leads not only to [the application of] local procedural law but also, in the absence of a specific agreement, to a choice for German substantive law”¹³⁵.

Relativamente ao segundo ponto, podemos, em última análise, defender que a arbitragem internacional tem o seu fundamento não somente numa única ordem jurídica estadual, mas no conjunto de ordens jurídicas estaduais em que a decisão arbitral pode ser susceptível de produzir efeitos jurídicos.

A tese tradicional assenta na ideia de que a arbitragem está vinculada ao Estado da sua sede convencional. Partindo da ideia de que esta sede pode ser escolhida por razões fortuitas ou de neutralidade, alguns autores defendem que a arbitragem tem o seu fundamento no conjunto dos ordenamentos jurídicos em que se pretenda que a sentença arbitral produza efeitos jurídicos¹³⁶.

PAULSSON defendeu em 1981¹³⁷ e 1983¹³⁸ que a arbitragem está deslocalizada, ou seja, não está vinculada a certas vicissitudes da lei do lugar da arbitragem¹³⁹, não sendo dependente de uma ordem jurídica, mas sim de várias. Em suma, nas palavras de PAULSSON: “*one is authorised to conclude that the binding force of an international award may be derived from the contractual commitment to arbitrate in and of itself, that is to say without a specific national legal system serving as its*

¹³⁴ *Idem.*, p. 26.

¹³⁵ *Yearbook Commercial Arbitration*, XXIVa (1999), p. 16.

¹³⁶ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 456 e ss].

¹³⁷ [1981: 358 e ss].

¹³⁸ [1983: 53 e ss].

¹³⁹ “[m]y essential conclusion was that the obligatory force of an arbitral award need not necessarily be derived from the law of the place where the award happened to be rendered” [1983: 53].

*foundation. In this sense, an arbitral award may indeed “drift” but of course it is ultimately subject to the post facto control of the execution jurisdiction(s)”*¹⁴⁰.

Para FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN os árbitros transnacionais devem atender ao conjunto de normas e princípios (conflituais e materiais) das ordens jurídicas que reconhecem efeitos à sentença que vier a ser proferida¹⁴¹ e GAILLARD reafirma esta posição: *l’arbitrage international puise sa source dans l’ensemble des ordres juridiques susceptibles de donner effet à la sentence*¹⁴².

Regista-se o exemplo do caso ICC n.º 10623 de 2001¹⁴³. Afirma-se no n.º 129 que *“an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself”*, repetindo-se no n.º 134 *“the Arbitral Tribunal’s duty in respect of the parties’ arbitration agreement is not founded exclusively in the Ethiopia legal order [o Estado onde a arbitragem estava a decorrer]”*

No que diz respeito ao ponto três, a arbitragem internacional é vista como uma realidade independente de qualquer ordem jurídica estadual, sendo que os árbitros estão vinculados ao que as partes tenham estipulado sobre o direito aplicável. O fundamento jurídico desta tese está assente na validade de *per si* da autonomia privada. Assim, as partes têm liberdade de conformação da arbitragem através da cláusula compromissória que seria a “lei” - estamos sem dúvida perante uma concepção contratual da arbitragem. Fala-se de uma arbitragem desnacionalizada¹⁴⁴.

São três os grandes doutrinadores desta tese: VON MEHREN; MAYER e LUZZATO.

Para VON MEHREN uma noção de arbitragem nacionalizada só faz sentido quando *“a linkage exists between a given arbitration and a given national or municipal legal order either because of the latter’s active intervention or because the arbitrator or a party asks for (...) the enforcement of the award”*¹⁴⁵, ou seja, defendia,

¹⁴⁰ [1981: 368].

¹⁴¹ [1996: 654]: *“l’arbitre <<n’a pas de for>>. On pourrait aussi bien dire que le for des arbitres internationaux est l’ensemble des ordres juridiques qui sont prêts à accueillir, à certaines conditions, la sentence à intervenir”*.

¹⁴² [1995:9]

¹⁴³ Ver em http://italaw.com/documents/Salini_v._Ethiopia_Award.pdf.

¹⁴⁴ Para as diferentes aceções de arbitragem desnacionalizada v. LIMA PINHEIRO [2005b: 526 e ss].

¹⁴⁵ VON MEHREN [1982: 222].

numa primeira fase do seu pensamento, que enquanto um Estado não interferir numa arbitragem, os árbitros não precisam de assentar a escolha do mérito em “*choice-of-law rules from a given national or municipal system of law but instead analysing the choice-of-law issues that emerge in terms of a conflicts methodology peculiarly appropriate for arbitration*”¹⁴⁶.

Já MAYER, perspectivando saber qual é o direito aplicável ao litígio, considerava que os árbitros devem em primeiro lugar aplicar a vontade das partes, e, na omissão desta, a sua própria vontade. Isto deve-se ao facto de “[l]’*ultima ratio du choix des règles à appliquer se trouve pour lui [o árbitro] dans la volonté des parties, subsidiairement dans la sienne propre*”¹⁴⁷. Do ponto de vista estadual, “*la sentence arbitrale apparaît comme un acte juridictionnel privé, dont la force obligatoire n’existe que dans la mesure où un État lui en confère une*”¹⁴⁸.

Por último, LUZZATO defende que a arbitragem pode decorrer somente com base no consenso das partes, mas só se verificando quando não se precisar de qualquer auxílio estatal, seja através de providências cautelares ou execução de decisão arbitral.

Estamos perante uma tese que leva à questão filosófica/jurídica de saber se a autonomia privada é uma fonte originária de juridicidade ou depende de um determinado ordenamento estadual. A resposta a esta questão é, cremos, negativa, porque os contraentes não formam uma sociedade autónoma dotada do seu próprio direito, dependem sempre de uma eficácia jurídica atribuída por um determinado ordenamento jurídico. O mesmo se pode dizer em relação à arbitragem¹⁴⁹.

Quanto ao ponto quatro, no direito transnacional autónomo, os árbitros devem atender à autonomia das partes e a princípios jurídicos gerais “*que se encontram*

¹⁴⁶ Idem., p. 227.

¹⁴⁷ MAYER [1982: 215].

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 454] e RIGAUX [1982: 263] vai no mesmo sentido: “*il n’y a de contrat sans loi, on ne saurait concevoir que, par une espèce de germination spontanée, la seule volonté des parties suffise à conférer aux arbitres le pouvoir de vider leur différend. Non, l’arbitrage est une forme de justice privée, prenant appui sur un ordre juridique préexistant qui, jusqu’à preuve du contraire, est un droit étatique*” e ainda “O costume jurisprudencial e os regulamentos dos centros de arbitragem aplicáveis à arbitragem transnacional são as principais fontes transnacionais de Direito da Arbitragem” [2005b: 70 e n. 128].

concretizados nas ordens jurídicas mais importantes, nas convenções internacionais e nos regulamentos dos centros de arbitragem”¹⁵⁰. Relaciona-se com a teoria exposta *supra* no ponto três, mas aqui o fundamento não está no princípio da autonomia com poder originário, mas num fundamento internacional. Na esteira de MANN¹⁵¹, o primeiro a defender esta tese foi FRAGISTAS¹⁵², todavia esta está intimamente associada aos defensores de um direito autónomo como GOLDMAN e FOUCHARD. Um dos grandes defensores de um direito transnacional autónomo é GAILLARD¹⁵³ e, em Portugal, LIMA PINHEIRO¹⁵⁴.

RIGAUX defende que as arbitragens CCI respeitam em primeira linha o seu regulamento, independentemente de qualquer ordem jurídica estadual, mesmo a francesa quando seja escolhida como sede da arbitragem Paris, onde tem sede a CCI¹⁵⁵. Defende ainda que as arbitragens CCI são uma ordem jurídica transnacional particular, cujo fundamento está na adesão das partes ao seu regulamento¹⁵⁶.

VON MEHREN, evoluindo na sua posição, defende que o poder jurisdicional dos árbitros emana de uma ordem internacional assente na prática e no consenso geral¹⁵⁷.

FAZZALARI defende que na arbitragem internacional existe um “*Direito de sociedade comercial*” e o árbitro “*può aver rilevanza, se le parti lo vogliono, al di fuori ed a prescindere leggi di questo o quello Stato, in un diritto a’statuale, ch’è <<diffuso>> in settori più o meno vasti, in aree geografiche più o meno estese, e che certo non si arresta davanti alle frontiere degli Stati. Tale diritto- composto da varie leges mercatoriae – si sperimenta nell’adesione di questa o di quella categoria di operatori economici ai valori del loro ambiente*”¹⁵⁸.

¹⁵⁰ In LIMA PINHEIRO [2005b: 460] explicando a teoria de GENTINETTA.

¹⁵¹ [1967, 158, n. 10].

¹⁵² [1960: 14].

¹⁵³ LIMA PINHEIRO [2005b: 517 e ss.].

¹⁵⁴ LIMA PINHEIRO defende que “ a arbitragem transnacional não é só regulada pelas ordens jurídicas estaduais envolvidas. A arbitragem transnacional também é regulada e, em muitos aspectos, é mesmo regulada em primeira linha, por regras e princípios autónomos que dão corpo a um Direito Transnacional da Arbitragem”. [2005b: 198].

¹⁵⁵ RIGAUX [1987: 142 e ss].

¹⁵⁶ RIGAUX [1989: 241-243].

¹⁵⁷ [1990: 57 e ss].

¹⁵⁸ FAZZALARI [1990: 4-5].

Também FRAGISTAS afirma que “[s]i l’on détache l’arbitrage de tout droit étatique, il faut le soumettre à un autre ordre juridique quelconque; l’arbitrage supranational ne peut être suspendu en l’air. Quel sera cet ordre juridique? À mon avis, cet ordre juridique ne peut être que le droit international”¹⁵⁹.

Com base no art. VII da Convenção Europeia sobre a Arbitragem Comercial Internacional, os árbitros têm a liberdade de escolher a norma de conflitos mais adequada ao caso e atender às disposições do contrato e usos mercantis.

Por último, referimos a adesão a esta tese por uma decisão proferida em Itália, no caso *Ditta Fratelli Damiano s.n.c v. Ditta August Topfer & Co. GmbH* (8-2-1982): “*Nell’arbitrato mercantile (...) deve ritenersi che transnazionali sia il diritto in cui l’arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi dei singoli Stati, giacché il diritto ‘mercantile’ si sperimenta nell’adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della opinio necessitatis che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè della convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti*”¹⁶⁰.

1.2.2 Controlo estadual:

Apresentámos em traços gerais as quatro teses sobre a determinação do estatuto da arbitragem ao mesmo tempo que tentámos conjugar as teses sobre a natureza da arbitragem (contratual, jurisdicional ou mista), o modo de controlo da arbitragem (enquadramento ou assimilação) e os fundamentos jurídicos da arbitragem internacional. Antes de passarmos para a nossa posição, consideramos que é necessário expor o controlo que é feito pelos tribunais estaduais por via da anulação/recurso, recusa de reconhecimento e em sede de execução, pois, como se verá estas teses caem por terra quando se analisa em detalhe a eficácia da decisão arbitral face ao poder de controlo do Estado.

1.2.2.1 Anulação das decisões “nacionais” e o recurso.

A. Anulação das decisões “nacionais”.

¹⁵⁹ FRAGISTAS [1960: 14].

¹⁶⁰ Cassazione Italiana, *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale*, 18(1982), p. 829.

Após uma decisão arbitral desfavorável à parte perdedora poderá tomar uma atitude passiva e nada fazer, ou uma atitude activa de “atacar” o laudo. Neste caso, a parte deverá em primeiro lugar impugnar a sentença arbitral, o que se pode chamar nos países anglo-saxónicos de *challenge of arbitral awards*¹⁶¹.

Devemos, antes de mais determinar qual é o país que exerce o controlo estadual através da impugnação da sentença. A resposta está, na maior parte dos casos, na sede da arbitragem^{162 163}, pois é esta que determina o tribunal que tem competência exclusiva¹⁶⁴ para anular a sentença, e os fundamentos a serem aplicados por esse tribunal^{165 166}. Todavia, com base na al. e) do n.º 1 do art. V da Convenção de Nova

¹⁶¹ V. REDFERN/HUNTER [2004: 404]: “[t]he concept of a “challenge” to an arbitral award is well-established, but the term itself is relatively new”. No mesmo sentido v. CRAIG [1988: 177]: “[c]hallenge captures the idea of an offensive effort to overturn an award...”.

¹⁶² A sede da arbitragem tem duas funções, uma interna e outra externa: a primeira serve para determinar as regras processuais usadas no processo arbitral; a externa serve para determinar a relação entre a arbitragem e os tribunais estaduais, sendo um dos elementos externos a acção de anulação pelo tribunal estadual. V. BORN [2009: 1248 e ss, 1277 e n. 215 e 1287]; v. ainda POUURET/BESSON [2007: 86]; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 690]; v. CRAIG/PAULSSON [2000: Booklet 3, pp. 57 e ss e Booklet 4, pp. 49-53] e VAN HOUTTE [2002: 406].

¹⁶³ Esta pode ser entendida num sentido fáctico ou convencional, havendo ainda que considerar o critério da autonomia.

¹⁶⁴ É com base no art. V (1), al. e) e VI da Convenção de Nova Iorque e com a finalidade deste instrumento de facilitar a eficácia das arbitragens internacionais e reduzir as incertezas e atrasos da execução das sentenças que se defende que só o tribunal estadual do lugar da arbitragem (*where the award was made*) pode anular a sentença (à excepção do país em cuja lei processual se baseou a sentença); v. BORN, [2009: 1260-1262; 2403-2408 e 2415]. Quanto à questão de saber onde “*the award was made*” defende BORN que “*in the overwhelming majority of cases, that means the arbitral seat specified in the parties’ arbitration agreement (or absent such agreement, specified by the arbitral institution or arbitral tribunal)*”, idem p. 2409, v. também FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 919 e 920 e ss].

O mesmo fundamento também se retira dos arts. 5.º, 1, al. e) da Convenção Interamericana e o art. IX, 1 da Convenção Europeia. Qualquer anulação de sentença fora destes dois tribunais (o da sede e o do país em cuja lei processual se baseou a sentença) podem ser alvo de uma providência cautelar, caso os ordenamentos internos assim o permitam. Neste sentido v. BORN [2009: 2422-2425] e também COSTA E SILVA [1992: 912, n. 53].

¹⁶⁵ V. BORN [2009: 1240, 1287, 1326-1327, 1338, 1677]; BARROCAS [2010: 617] e também CRAIG/PAULSSON [2000: Booklet 4, p. 50]: “*If the agreement is silent [relativo à escolha do lugar], the Court of Arbitration [da CCI] determines the place of arbitration (...). In doing so, it takes account of the logistical convenience of the parties, the language and applicable law of the contract, political*

Iorque, também se pode dar relevância à anulação feita pelo Tribunal Estadual do país em cuja lei processual se baseou a arbitragem¹⁶⁷, só que a escolha de aplicação de regras processuais de outros países não retira competência para o conhecimento da acção de anulação ao tribunal estadual da sede da arbitragem¹⁶⁸.

Apesar da Convenção de Nova Iorque atribuir competência para anulação ao Estado em cuja lei processual se baseou a sentença, como vimos, a maior parte das leis nacionais determinam o seu âmbito de aplicação relativamente às arbitragens que tiveram lugar no seu território¹⁶⁹. A Lei-Modelo no seu arts. 1.º, 2 estabelece que este diploma se aplica às arbitragens que tenham lugar no seu território¹⁷⁰ e em concreto a acção de anulação prevista no art. 34.º aplica-se às sentenças arbitrais proferidas

neutrality, the likelihood of excessive intervention of state courts during the arbitral process, costs of the arbitration in a certain venue, and the legal framework ensuring the award's enforceability” e v. ainda idem, booklet 5a, pp. 3-6.

¹⁶⁶ Concordamos com esta interpretação, a arbitragem internacional precisa de um único foro para resolução de litígios resultantes do comércio internacional, pelo que o controlo estadual deve ser limitado aos Estados que possam ter um interesse legítimo: o da sede da arbitragem ou o Estado onde se requerer a execução de sentença. Neste sentido BORN [2009: 2405], ainda que nos inclinemos para dar mais relevância ao Estado em que se requer a execução de sentença.

¹⁶⁷ V. HOLTZMANN/NEUHAUS [1989: 36 e n. 51] e também BORN [2009: 1338 e 2410-2411]. Todavia, afirma BORN que os tribunais indianos, paquistaneses, indonésios e turcos permitem a anulação de sentenças arbitrais estrangeiras no caso de se aplicar o seu direito à convenção de arbitragem ou ao mérito da causa, mas defende que isso contraria o espírito da Convenção de Nova Iorque, p. 1287-88; 1341-43; 2411-15 e 2421; v. também REDFERN/HUNTER [2004: 404 e n. 2].

¹⁶⁸ BORN [2009: 1288 e 1323-1324]. O mesmo se diga com base na Lei Modelo que parece proibir as partes de afastar a anulação no lugar da arbitragem. Também a França e a Suíça incluem tal limite, idem, p. 1324.

¹⁶⁹ *Ibidem* p. 2418, v. também, MOURA VICENTE [1990, 51-52]. LIMA PINHEIRO [2005b: 343-344] considera como elemento que justifica o controlo estadual da arbitragem o facto desta se localizar no território de um Estado, a escolha da lei processual de um Estado para reger a arbitragem, a ligação de todas as partes em razão da nacionalidade, domicílio ou sede a um Estado e, por último, a conexão estreita da relação controvertida com esse Estado.

¹⁷⁰ A Lei-Modelo adopta o princípio da territorialidade. Entendeu a Comissão de preparação que este era o princípio utilizado pela maior parte das leis de arbitragem então existentes e, onde se aplicava o princípio da autonomia, este era raramente utilizado, HOLTZMANN/NEUHAUS [1989: 36]. Aliás, foi considerada pelo Secretariado da Uncitral como o critério relevante para aferir de conflitos de normas de vários Estados, v. Doc. A/CN.9/207, par. 12.

dentro do território nacional^{171 172}, tendo competência para aquela o tribunal estabelecido pela lei da arbitragem¹⁷³. Em França os tribunais estaduais são competentes para impugnar as sentenças arbitrais internacionais proferidas no seu território (art. 1518 e 1519.º CPC alterado pela reforma de 2011)¹⁷⁴; na Suíça, aplica-

¹⁷¹ V. HOLTZMANN/NEUHAUS [1989: 35 e ss.] e BORN [2009: 1278, 1340 e 2418].

¹⁷² No mesmo sentido Código de Processo Civil Holandês, art. 1037 e 1064.º,2; Art. 1717.º, 2 do Código Judicial Belga; art. 1.º,1 e 34.º da Lei de Arbitragem Comercial Internacional grega; §§ 1 e 41 da Lei de Arbitragem finlandesa e art. 44.º da Lei de Arbitragem japonesa.

¹⁷³ V. HOLTZMANN/NEUHAUS [1989: 241]: “[i]t should be noted that the functions listed in Article 6 [art. 34.º, 2] may only be performed with respect to arbitrations to which the relevant Articles of the Law apply, that is, to international commercial arbitrations where the place of arbitration is in the enacting state.”

¹⁷⁴ POUURET/BESSON [2007: 87-88], afirma ainda que “France (...) abandoned the criteria of the applicable procedural rules in 1981 and replaced it with the connection of the place where the award has been rendered, as a reaction in particular to the deadlock illustrated by the *Gotavarken* case” id., pp. 700-701. V. Cour d’appel de Paris, *Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d’Iran* (28-06-2001), *Rev. Arb.*, 2001, p. 619-620 e neste sentido FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 919]: “le décret du 12 de mai 1981 a ainsi rompu avec la jurisprudence antérieure de la Cour d’appel de Paris qui déclarait irrecevable le recours en annulation (...) formé à l’encontre des sentences <<non françaises>>, définies comme des sentences rendues selon une loi de procédure autre que la loi française et ne se rattachant <<en aucune manière à l’ordre juridique français>> en dépit du déroulement de l’arbitrage français”. Estes autores estão de acordo com a repartição de competências assente no lugar da arbitragem idem, p. 919. V. também PAULSSON [1981: 71 e ss.]. Em sentido totalmente diferente v. BORN [2009: 1285]; Afirma, ainda, MOURA VICENTE [1990: 82], “[a] reforma introduzida em 1981 no Código de Processo Civil francês parece ter reforçado o reconhecimento às partes de uma ampla autonomia em matéria de escolha do direito processual aplicável nas arbitragens internacionais, independentemente de qualquer conexão territorial”. Porém, como as normas que regulam a arbitragem não apresentam um preceito que limite o seu âmbito de aplicação às arbitragens realizadas em França, os tribunais têm aplicado a sua lei a todas as arbitragens internacionais, mesmo que o lugar da arbitragem seja fora do seu território, v. POUURET/BESSON [2007: 87]. Entendemos que aqui há uma confusão entre a questão do princípio de autonomia/princípio de territorialidade e a possibilidade de escolha do Direito aplicável à arbitragem e ao Direito aplicável ao mérito da causa. Assim, os arts. 1518.º e 1519.º, no que diz respeito à anulação de sentença arbitral estabelecem o princípio da territorialidade, só que este é mitigado pelo facto das normas sobre a arbitragem não estabelecerem o âmbito territorial de aplicação os preceitos e de permitirem ampla escolha do direito aplicável à arbitragem (1509.º) e ao mérito da causa (1511.º), podendo falar-se assim de uma arbitragem desnacionalizada, neste sentido, LIMA PINHEIRO [2005b: 348 e ss.] em sentido contrário FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 919].

se a LDIP quando a sede da arbitragem se encontra no seu território (art. 176.º, 1 e 191.º)¹⁷⁵; na Alemanha a Lei de arbitragem aplica-se quando o lugar da arbitragem está situado na Alemanha § 1025 (1)¹⁷⁶, sendo os tribunais alemães competentes para a anulação da decisão (§ 1062)¹⁷⁷. Em Portugal, quando as arbitragens tenham lugar no seu território (art 61.º da LAV)¹⁷⁸, é competente o Tribunal da Relação (art. 59.º); O Arbitration Act de 1996 aplica-se às arbitragens que tenham sede em Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte (art. 2.º, (1))¹⁷⁹; por último, nos Estados Unidos de América são competentes para anular as sentenças os tribunais federais ou estaduais onde a sentença foi proferida (§10 (a) do FAA)¹⁸⁰.

A lista anteriormente apresentada implica que se deva determinar o que se entende por lugar onde a sentença foi proferida, sede da arbitragem ou arbitragem que tenha lugar num determinado território¹⁸¹. A Lei-Modelo consagra no seu art. 20.º a

¹⁷⁵ V. POUURET/BESSON [2007: 86]. O art. 176.º acrescenta um critério subjectivo: pelo menos uma das partes não pode ter domicílio ou residência habitual na Suíça.

¹⁷⁶ Consagra, tal como a Lei Modelo, o princípio da territorialidade, sendo irrelevante que as partes tenham escolhido outra lei para governar a convenção de arbitragem, o contrato ou o processo arbitral. Se a arbitragem decorre na Alemanha, aplicam-se os §§1025.º e ss. do ZPO. Neste sentido BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO, [2007: 74]. V. também LIMA PINHEIRO [2005b: 347].

¹⁷⁷ V. POUURET/BESSON [2007: 89]: “[i]t is true that Belgian and German law expressly provide that the court before whom an application to set aside an award must be brought to is primarily that ‘designated in the arbitration agreement’ (...). In our opinion, this possibility is restricted to domestic matters and does not permit the parties to submit to a foreign appellate jurisdiction. From a systematic point of view, this is confirmed by German law, which only allows the parties to designate the competent court when the seat of arbitration is in Germany (ZPO, § 1062(1)) and not when it is abroad (ZPO, § 1062(2))”.

¹⁷⁸ A Lei de arbitragem voluntária consagra, também, o princípio da territorialidade, pretendendo evitar arbitragens desnacionalizadas. Ver AAVV [2012: 114] e BARROCAS [2013: 215].

¹⁷⁹ V. CRAIG/PAULSSON [2000: booklet 5a p. 39], aplicando-se certas normas mesmo a arbitragens fora do território inglês, só que estas não dizem respeito aos problemas que tratamos nesta tese.

¹⁸⁰ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 371]; BORN [2009: 2420] e CRAIG/PAULSSON [2000: booklet 5a, p. 39], afirmam que o FAA “applies to all international commercial arbitration conducted in the United States”.

¹⁸¹ Entendemos que estamos perante os mesmos conceitos, sendo preferível a utilização do termo sede da arbitragem. No mesmo sentido BORN [2009: 1250 e 1287 n. 281]. Veja-se ainda o arts. 1.º, 2; 20.º e 31.º, 3 da Lei Modelo, em que se afirma que “[t]he provision of this Law (...), apply only if the place of arbitration is in the territory of this State”; “[t]he parties are free to agree on the place of arbitration” e por último, “[t]he award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance

liberdade de escolha do lugar da arbitragem, sendo na sua ausência determinada pelo tribunal arbitral, podendo alguns actos da arbitragem ser feitos noutra lugar (n.º 2)¹⁸². Em França consideram-se proferidas no território francês as arbitragens com sede em França, entendida tendencialmente como sede convencional¹⁸³, i.e, a estabelecida pelas partes e na sua ausência pelo tribunal arbitral. Da mesma forma na Suíça (cfr. 176.º, 3 LDIP)¹⁸⁴, não obstante que alguns actos possam ser celebrados fora do país¹⁸⁵, já quando o lugar fático seja na Suíça, este só releva se as partes não tiverem estipulado o lugar¹⁸⁶. O ordenamento jurídico alemão, o §1043.º é idêntico à Lei-Modelo, estamos pois perante a sede convencional¹⁸⁷; no caso português, a nova Lei de

with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place". Cfr. HOLTZMANN/NEUHAUS [2007: 593].

¹⁸² LIMA PINHEIRO [2005b: 349]; HOLTZMANN/NEUHAUS [2007: 592 e ss.] e BORN [2009: 1280].

¹⁸³ LIMA PINHEIRO [2005b: 348]. Defende pois que o ordenamento jurídico francês se aproxima das legislações que enquadram as arbitragens que tenham sede no seu território, idem p. 349. Afirma FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 691] que “[l]es conséquences juridiques attachées à la détermination du siège de l’arbitrage dépendent du choix opéré par les parties, l’institution d’arbitrage ou les arbitres eux-mêmes, et non du lieu où sont conduites les opérations matérielles d’arbitrage, l’efficacité juridique d’une telle clause ne nous paraît pas douteuse”. No mesmo sentido a jurisprudência francesa, v. POUDRET/BESSON [2007: 87]. No sentido de ser irrelevante o lugar onde decorre a arbitragem: Cour d’appel de Paris, Société Algoterm c/société DEP (11-01-1996), Rev. Arb., 1996, pp. 100 e ss; Cour d’appel de Paris (28-10-1997), Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye, “[l]e siège de l’arbitrage est une notion purement juridique, emportant d’importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties, et non une notion matérielle dépendant du lieu où l’audience a été tenue ou du lieu de signature de la sentence, susceptible de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse des arbitres.”, Revue de l’arbitrage, 1998, n.º 2, p. 399; no mesmo sentido Cour de Cassation, Gautier c/Société Astra plastique, Rev. arb., 1995, p. 127 e ss e Cour d’appel de Paris, Société ITP Interpipe c/ Hunting Oilfield Services (HOS), pp. 602 e 607 e ss., Rev. Arb., 1999.

¹⁸⁴ LIMA PINHEIRO [2005b: 350].

¹⁸⁵ BORN [2009: 1283 e n. 253]; LIMA PINHEIRO [2007: 350].

¹⁸⁶ LIMA PINHEIRO [2005b: 350-351].

¹⁸⁷ Ver BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 74 e 298 e ss.]. No caso de as partes não terem estabelecido o lugar de arbitragem nem se consiga determinar o lugar da arbitragem, será considerado o lugar onde se realizou a última audiência, v. p. 300 e n. 18, *ob. cit.* LIMA PINHEIRO afirma que ZOLLER/GEIMER defende que “se todos os actos processuais tiverem lugar num determinado país é o lugar efectivo do processo arbitral que releva”, In [2005b: 347 e n. 1053] em sentido contrário ver

arbitragem não difere do Direito pretérito, sendo o lugar da arbitragem estabelecido pelas partes e na sua ausência pelo tribunal arbitral (art. 31.º, 1), independentemente de qualquer acto que se haja efectuado noutro local (art. 31.º, 2)¹⁸⁸. O *Arbitration Act* de 1996 consagra a sede jurídica¹⁸⁹ (art. 3.º), entendida como a designada pelas partes na convenção de arbitragem (al. a) do art. 3.º, na sua ausência pelo tribunal arbitral (al. c)) e na ausência de ambos deve-se atender às circunstâncias relevantes (art. 3.º *in fine*)¹⁹⁰. Atente-se que o art. 53.º, dispõe que, salvo estipulação em contrário, a sentença considera-se proferida em Inglaterra, País de Gales ou Irlanda do Norte, quando a sede da arbitragem se encontre nestes territórios do Reino Unido, mesmo que tenha sido assinada, enviada ou entregue às partes noutro sítio, aplicando-se os fundamentos de anulação previstos no art. 68.º (que aliás é uma norma imperativa (cfr. art. 4.º, 1 e *Schedule 1*))¹⁹¹. No que diz respeito ao FAA, este não contém nenhuma definição¹⁹². Todavia, tanto a doutrina¹⁹³, como os tribunais americanos tendem a acentuar a importância do lugar da arbitragem: “[t]he situs of the arbitration is of critical importance because the law of the jurisdiction in which the arbitration is conducted ordinarily provides the procedural law of the arbitration”¹⁹⁴.

Portanto, devemos concluir que o lugar da arbitragem, nestes ordenamentos, não é um conceito geográfico ou fáctico (lugar onde ocorreram os actos processuais) mas

BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 301], chegando a chamar a sede convencional como “*formal place*”.

¹⁸⁸ AAVV [2012: 64-65 e 114]; no mesmo sentido MAGALHÃES COLLAÇO [1991: 59] ; LIMA PINHEIRO [2005b: 372] defende que o critério da sede convencional é o “mais seguido, de mais fácil determinação, que se mostra apto a promover uma coordenação internacional de competências estaduais de controlo da arbitragem”. BARROCAS [2010: 618], defende também o critério convencional com base no art. 15.º,1 da LAV de 86 (art. 31.º da Nova LAV) e AAVV [2012: 215-216].

¹⁸⁹ V. BORN [2009: 1248].

¹⁹⁰ Como por ex. a conexão com um ou mais países do objecto do litígio, dos procedimentos arbitrais e o proferimento da decisão. V. LIMA PINHEIRO [2005b: 353, n. 1072].

¹⁹¹ *Idem* p. 1281-1282.

¹⁹² *Ibidem*, p. 1285

¹⁹³ V. ainda BORN [2009: 1287-1288]. V. também art. 13.1 do AAA International Rules.

¹⁹⁴ JSC Surgutneftegaz v. President and Fellows of Harvard College, In www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1013.

V. também Yusef Ahmend Alghanim & Sons, 126 F.3d “*a court in the country under whose law the arbitration was conducted [may] apply domestic arbitral law... to set aside or vacate [an] arbitral award*”.

sim um conceito convencional: o que interessa é a determinação do lugar da arbitragem pelas partes e, na sua ausência, pelo tribunal estadual¹⁹⁵. Devemos concluir ainda que o controlo estadual por via da anulação coincide com o âmbito de aplicação das leis de arbitragem¹⁹⁶. Devemos, porém, ter em conta que pode haver conflitos positivos e negativos de controlo estadual quando os diferentes Estados conectados com a arbitragem assumam diferentes critérios para o âmbito de aplicação da sua legislação.

Os fundamentos de anulação da sentença arbitral são definidos pelas leis nacionais¹⁹⁷, sendo que as Convenções internacionais relevantes não são interpretadas no sentido de limitarem os fundamentos nacionais de anulação de sentença¹⁹⁸ e, em regra geral, estes são mais abrangentes do que os de recusa de reconhecimento do art. V da Convenção de Nova Iorque¹⁹⁹. Ainda assim, como veremos a seguir, a Convenção de Nova Iorque tem uma atitude mais permissiva no favorecimento da validade da decisão arbitral, permitindo que possam ser reconhecidas e executadas decisões impugnadas no Estado onde foram proferidas, se o Direito interno assim o permitir.

Apesar do anteriormente dito, as leis de arbitragem contemporâneas, incluindo a Lei Modelo, tendem a harmonizar os fundamentos de anulação com os de recusa de reconhecimento previstos no art. V da Convenção de Nova Iorque²⁰⁰, indo ao encontro

¹⁹⁵ No mesmo sentido BORN [2009: 1248-1249] e LIMA PINHEIRO [2005b: 357, 364-365 e 372]. Já a Lei de Arbitragem sueca parece apontar para uma sede fáctica na determinação de uma arbitragem como sueca ou nacional. V. LIMA PINHEIRO [2005b: 359 e 360, em concreto n. 1091] e ainda arts. 22.º, 46.º e 52.º da referida Lei.

¹⁹⁶ Defendendo esta convergência v. LIMA PINHEIRO [2005b: 371-372].

¹⁹⁷ Sobre a nova LAV no que diz respeito à anulação v. FONTES/MARTINS [2012: 22]

¹⁹⁸ BORN [2009: 2553 e 2552], pelo contrário a Convenção Europeia no seu art. IX, 2, só dá relevância à anulação de sentença arbitral com base nos mesmos fundamentos que os previstos no n.º 1 do art. IX.

¹⁹⁹ REDFERN/HUNTER [2004: 357].

²⁰⁰ É o caso do art. 34.º da Lei-Modelo, v. HOLTZMANN/NEAHAUS [1989: 911], v. ainda *Seventh Secretariat note analytical Commentary on draft text A/CN.9/264*, In <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement>; O relatório do grupo de trabalho da lei-modelo justifica a semelhança de fundamentos: “[t]hat solution would facilitate international commercial arbitration by enhancing predictability and expeditiousness and would go a long way towards establishing a harmonized system of limited recourse against awards and their enforcement. It was [further] stated in support that the reasons set forth in article V of the New York Convention provided sufficient safeguards, and that some of the grounds suggested as additions to the

do comercial internacional na existência de fundamentos homogêneos que possam pôr em causa a sentença. É por isso que certos países tendem, neste âmbito internacional a alterar as suas leis, indo ao encontro da Lei-Modelo e, em sede de reconhecimento, da Convenção de Nova Iorque. Contudo, existem legislações que vão mais longe e ainda preveem recurso ao o mérito da decisão.

Antes de analisar os fundamentos específicos, devemos saber se a Convenção de Nova Iorque contém limites expressos ou implícitos sobre os fundamentos de anulação. Considerando que não existem limites, temos a sentença do U.S appellate court in Yusuf Ahmed Alghanim & Sons WLL v. Toys “R” Us, Inc., afirmando que “[t]here is no indication in the Convention of any intention to deprive the rendering state of its supervisory authority over an arbitral award, including its authority to set aside that award under domestic law”^{201 202}. Defende, por outro lado, CRAIG que a Convenção “provides no restraint whatsoever on the control functions of local courts at the seat of arbitration”²⁰³. Num sentido mais coerente, poder-se-á defender que, com base no art. II da Convenção, qualquer anulação de sentença não pode comprometer, discricionariamente, a vontade das partes em querer resolver o seu litígio através de uma arbitragem²⁰⁴. Uma interpretação neste sentido limita os fundamentos de anulação a uma revisão de “arbitral procedures (e.g. procedural fairness, jurisdiction) and/or identifying material errors of law or fact, but would preclude de novo judicial disposition of the parties’ dispute.”²⁰⁵. Assim, com base no art. II da Convenção de Nova Iorque, BORN defende que “this would preclude, among other things, de novo judicial consideration of the substance of parties’ disputes, as well as application of idiosyncratic local rules that deny effect to the parties’ agreed dispute resolution mechanism in violation of article II of the Convention”²⁰⁶. Quanto à

lit were likely to fall under the public policy reason”. In Third Working Group Report A/CN.9/233 (28 de Março de 1983), par. 187, <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-233-e.pdf>. §1059 do ZPO, v. POUURET/BESSON [2007: 702]; e do art. 46.º da LAV. V. ainda BORN [2009: 2552 e 2553].

²⁰¹ 126F.3d 15, 22-22 (2d Cir. 1997)

²⁰² Para ver mais decisões dos tribunais do EUA, neste sentido BORN, ob. cit., p. 2555, n. 16.

²⁰³ Craig, Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30, Tex Int’l L.J. 1(1995).

²⁰⁴ V. BORN [2009: 2558].

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

Convenção Interamericana, esta adota a mesma perspectiva que a Convenção de Nova Iorque pelo que se pode fazer a mesma interpretação, com base nos arts. 1.º e 5.º. Já a Convenção CIRDI obriga aos Estados Contratantes a reconhecer as sentenças arbitrais decididas no âmbito desta Convenção, não havendo lugar a anulação das decisões (arts. 53.º e 54.º). Por último a Convenção Europeia, no seu art. IX, limita a recusa de reconhecimento de decisões anuladas, sendo que só relevam as que foram postas de lado com base nos fundamentos previstos no mesmo preceito²⁰⁷.

Nem todos os autores discutem esse limite sobre as legislações nacionais. Repare-se que as Convenções sobre reconhecimento só relevam para esta questão. Todavia, a influência da Convenção de Nova Iorque e o facto de estarmos perante valores próprios, valores do comércio internacional, levam a que seja necessário “uma atenuação e flexibilização do controlo exercido sobre as decisões”²⁰⁸.

Por último, antes de passarmos aos fundamentos, certos ordenamentos jurídicos permitem às partes excluírem qualquer possibilidade de recurso e de anulação^{209 210}. Veja-se como exemplos relevantes o art. 192.º, 1 da LDIP que permite às partes que não tenham domicílio, nem residência habitual, nem estabelecimento na Suíça excluir a possibilidade de anular a sentença²¹¹. Neste caso, para executar uma decisão arbitral na Suíça aplicam-se as regras da Convenção de Nova Iorque por analogia (cfr. art. 192.º, 2 da LDIP)²¹². O mesmo é permitido na Bélgica (art. 1717, 4 CJB)²¹³ e Suécia (Secção 51 da Lei de Arbitragem de 1999)²¹⁴. Na Alemanha não se pode excluir a

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 2560.

²⁰⁸ LIMA PINHEIRO [2005b: 268].

²⁰⁹ Sobre esta questão ver BORN [2009: 2660 e ss]. V. MOURA VICENTE [2011: 747]: “*Esta orientação apresenta todavia uma dificuldade não desprecianda: se a decisão arbitral viciada tiver julgado improcedente a acção, o demandante não pode remediar esse vício no processo de reconhecimento e execução de decisão arbitral porventura instaurado noutro país.*”. Sobre a necessidade de protecção do direito de terceiros, v. JOÃO ÁLVARO DIAS [2009: 749].

²¹⁰ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 168]. A LAV no n.º 5 do art. 46.º não permite a renúncia.

²¹¹ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 268]; POUURET/BESSON [2007: 779 e ss]; CRAIG/PAULSSON [2000: booklet 5 a: 94]; VAN HOUTTE [2001: 407] e KOHLER/RIGOZZI [2010: 468-478].

²¹² V. MOURA VICENTE [2011: 746] e POUURET/BESSON [2007: 784].

²¹³ V. CRAIG/PAULSSON [2000: b. 22, 69] e VAN HOUTTE [2001: 407 e n. 2].

²¹⁴ V. POUURET/BESSON [2007: 779]. Estas legislações são inspiradas pela LDIP.

possibilidade de anulação, mas poder-se-á limitar esta a certos fundamentos ou excluir certos fundamentos, ainda que só os previstos no §1059(2), n.º 1²¹⁵.

Os fundamentos de anulação²¹⁶, comparando legislações nacionais, são na sua maioria os seguintes²¹⁷:

- a) Invalidade da convenção de arbitragem;
- b) Violação do princípio do contraditório;
- c) O processo arbitral não respeitou o estipulado pela convenção de arbitragem, [e na ausência de acordo específico das partes], o estabelecido na lei da sede da arbitragem;
- d) A sentença pronunciou-se sobre matéria não abrangida pela convenção de arbitragem;
- e) A sentença pronunciou-se sobre matéria não susceptível de se submeter a arbitragem;
- f) A sentença contraria a ordem pública.

Poder-se-ão acrescentar mais quatro fundamentos:

- g) Falta de independência e imparcialidade do árbitro;
- h) Carácter fraudulento da sentença;
- i) Erro substancial da sentença quanto ao mérito;
- j) Decisão do tribunal sem se conformar com a missão que lhe tinha sido confiada.

O que nos interessa estudar neste ponto não são todos os fundamentos de anulação de uma sentença arbitral, mas apenas os relevantes, i. e., o desrespeito da convenção das partes sobre o Direito aplicável; desrespeito pelas normas estaduais quanto à determinação do Direito aplicável ao mérito da causa; e desrespeito pela ordem pública internacional, correspondendo às als. c); f); i) e j).

²¹⁵ Neste sentido BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 440 par. 7 e 452, par. 37].

²¹⁶ Várias leis de arbitragem consagram uma presunção de validade e exequibilidade da decisão arbitral, tal como a FAA; o CPC francês; a LDIP Suíça; Arbitration Act inglês; Commercial Arbitration Act canadiano; International Arbitration Act, australiano; Arbitration and Conciliation Act indiano; Arbitration Act da Nova Zelândia; Código Judiciário Belga; ZPO alemão; ZPO austríaco; Código de Processo Civil holandês; Código de Processo Civil italiano e a Lei de Arbitragem japonesa. V. BORN [2009: 2564 e ss].

²¹⁷ BORN [2009: 2553].

Relativamente à al. c), este fundamento está previsto, designadamente, no art. 34.º, 2, al. a) sub. iv) da Lei Modelo; no §68, 2, al. c) Arbitration Act (1996) inglês; no art. 1065.º, 1, al. c) do Código de Processo Civil holandês²¹⁸; no §1059 (2), 1, al. d) do ZPO alemão; no art. 44.º, 1, al. vi da Lei de Arbitragem japonesa e no art. 46.º, n.º 3, al. a), sub., al. iv) da Lei de Arbitragem portuguesa.

A questão essencial é saber se os tribunais dos diferentes ordenamentos interpretam este fundamento como abrangendo os seguintes casos:

- Uma sentença arbitral decidida com base em Direito que não o escolhido pelas partes;
- Uma decisão com base na equidade quando as partes não tenham expressamente autorizado o recurso a tal;
- Uma decisão com base em Direito estrito, quando as partes autorizaram os árbitros a decidir com base na equidade;
- Erro na determinação do direito aplicável.

A Lei Modelo Uncitral no seu art. 34.º, n.º 2, al. a), sub.al. iv, estabelece que se pode anular a sentença quando “*the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law, from which the parties cannot derogate, or failing such agreement, was not in accordance with this law*”.

Os comentários a este preceito não são conclusivos para responder às questões *supra* referidas²¹⁹, defendendo por exemplo BENTO SOARES/MOURA RAMOS que as normas processuais aí referidas são as previstas no cap. III e cap. V²²⁰, sendo que a norma de conflitos está prevista no capítulo VI (art. 28.º).

POUDRET/BESSON afirma que somente normas fundamentais previstas na Lei-Modelo justificam a anulação²²¹.

Quanto a erros/defeitos do processo arbitral, o Secretariado defendeu que deve impedir-se a invocação destes erros quando as partes o podiam ter feito durante a

²¹⁸ BORN [2009: 2595].

²¹⁹ Neste sentido LIMA PINHEIRO [2005b: 270].

²²⁰ V. BENTO SOARES/MOURA RAMOS [1986: 420].

²²¹ Ob. cit., p. 734.

instância arbitral; estes erros têm que ser grosseiros/sérios; e por último tem **que** haver uma causa/efeito entre o erro e o defeito na sentença²²². O “*second draft*” da lei modelo, dispõe o seguinte: “[t]he reference to sub-paragraph (d) is of particular relevance since the general reason of non-compliance of the arbitral procedure with the applicable procedural laws or rules comprises many particular grounds often set out in detail in national law provisions on setting aside (e.g., (...) award rendered *ex aequo et bono* without authorization by parties (...))(...) even an issue not dealt with in the procedural law (here: the model law) may become relevant in the context of setting aside if it is regulated in the agreement of the parties (and not complied with)”²²³.

CRAIG/PAULSSON²²⁴ defendem que mesmo as leis de arbitragem que respeitem 99% da Lei-Modelo, se tiverem como fundamento de recusa o “*mistaken application of law*”, perdem a reputação de “lugar seguro” para se desenrolar uma arbitragem comercial internacional²²⁵. Retiramos daqui que estes autores entendem que não deve haver um controlo da norma de conflitos.

No caso dos Estados Unidos, com base no FAA §1-§16, defende BORN que “*national arbitration law prescribes no mandatory procedural requirements other than the guarantee of an equal opportunity to be heard and there is therefore no basis to provide for annulment of international arbitral awards based solely on non-compliance with the law of arbitral seat.*”²²⁶.

²²² V. Second Draft, A/CN.9/WG.II/WP. 42, In <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp42-e.pdf>.

²²³ V. Second draft em UNCITRAL, nota 26. O mesmo acontece na Bélgica no que diz respeito à decisão dos árbitros com base na equidade mas sem autorização, v. VAN HOUTE [2002: 407, n. 1].

²²⁴ CRAIG/PAULSSON [2000: booklet 5a, 34-35 e jurisprudência aí citada].

²²⁵ Dá como exemplo o art. 53.º, 1, al. d) da Lei de arbitragem do Egipto: “*if the arbitral award fails to apply the law agreed by the parties to the subject matter of the dispute*”. Este caso é muito interessante, pois o Court of Appeal de Cairo anulou uma decisão da CCI que tinha aplicado a um contrato as regras do Código Civil quando na realidade se deveria ter aplicado o direito administrativo, sendo que, ao terem as partes escolhido o direito egípcio, o tribunal arbitral tinha violado a *professio iuris*. O mais interessante é que os tribunais Americanos (Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907) e Franceses recusaram atribuir relevância a esta anulação.

²²⁶ BORN [2009: 2596].

Afirma LIMA PINHEIRO²²⁷ que o Direito federal norte-americano não contém normas de conflitos a ser observadas pelos árbitros, todavia estão obrigados a decidir segundo o Direito que as partes tenham designado, mas o erro na determinação, interpretação ou aplicação de Direito não constitui um autónomo fundamento de anulação. Todavia quando houver uma manifesta violação do Direito a aplicar, a jurisprudência criou um fundamento autónomo chamado “*manifest disregard of law*”, que será explicado *infra*.

O ordenamento jurídico francês não contém um fundamento igual; no entanto, contém outro com contornos semelhantes que será analisado em separado na análise do fundamento da al. j). O CPC prevê duas norma de conflitos nos seus arts. 1509.º e 1511.º, dando ampla liberdade às partes para a escolha das normas processuais e substantivas.

O mesmo se diga no Direito Suíço: este fundamento não existe na LDIP, considerando somente a violação dos princípios previstos no art. 190.º, 2, al. d), como fundamento de anulação²²⁸.

Na interpretação do § 1059 (2), 1, al. d) ZPO alemão, BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO entendem abranger os casos em que os árbitros decidem com base na equidade sem autorização das partes²²⁹. Apesar de a lei de arbitragem alemã consagrar uma norma de conflitos, prevista no § 1051, Sandrock defende que esta alínea só cobre verdadeiros erros “*in procedendo*”; já o erro de aplicação de uma lei diferente da escolhida pelas partes é um erro “*in iudicando*”²³⁰.

No que diz respeito ao Direito de Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, defende JONATHAN HILL, com base no art. 68.º, n.º 2, al. b) do *Arbitration Act*, que a decisão pode ser anulada por abuso de poderes quando o tribunal não respeitar a designação de lei feita pelas partes na convenção de arbitragem²³¹ ou decidir segundo a equidade ou *lex mercatoria* sem estar autorizado para tal.

²²⁷ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 273].

²²⁸ Cfr. Poudret/Besson [2007: 722-723 e 735].

²²⁹ V. BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 465]; BORN [2009: 2597, n. 236], cita uma decisão de 22 de Junho de 2005, 2005 SchiedsVZ 308, 309, do Oberlandesgericht de Munique neste sentido “*decision ex aequo et bono without explicit authorization by the parties justified setting aside the award*”.

²³⁰ Idem, p. 465, n. 136.

²³¹ No mesmo sentido CRAIG/PAULSSON [2000: b. 5a, p. 50].

No Direito português, a antiga Lei n.º 31/86 não previa este fundamento. A nova LAV, à semelhança da Lei-Modelo e do art. V da Convenção de Nova Iorque, consagra esse fundamento na sub. iv, al. a), do n.º 3, do art. 46.º, nunca podendo haver uma revisão de mérito por um Tribunal Estadual (art. 46.º, 9 da LAV).

A LAV consagra uma norma de conflitos no art. 52.º, defende LIMA PINHEIRO que um desrespeito de um preceito análogo constitui fundamento de anulação, afirmando que *“dificilmente se compreenderia que a inobservância de regras processuais constitua fundamento de recusa de reconhecimento e que o mesmo não se verifique relativamente à violação de regras sobre a determinação do Direito aplicável ao fundo da causa, que se afigura mais grave”*²³².

Quanto à al. f) passemos então para a Ordem Pública²³³: este fundamento está previsto no art. 34.º, (2), (b), (ii) da Lei Modelo²³⁴; § 68.º (2) (g) do *Arbitration Act* de 1996²³⁵; art. 190.º, 1, al. e) da LDIP²³⁶; art. 1520.º, 5.º do NCPC²³⁷; § 1059.º, (2), 2, al. b) do ZPO²³⁸ e art. 46.º, 3, al. b), al. ii da LAV²³⁹. Estes preceitos referem-se à reserva de Ordem Pública, seguindo um critério aposteriorístico e negativo.

Entendemos que este fundamento é o mais importante, no que diz respeito ao mérito. A maior parte da doutrina e legislação tendem a limitar a revisão de mérito da decisão, defendendo que o controlo estadual não pode pôr em causa a decisão dos

²³² LIMA PINHEIRO [2005b: 270] em sentido contrário, no âmbito da antiga LAV, BOTELHO DA SILVA [2004: 21]: *"A LAV impõe determinados critérios de obtenção do Direito aplicável ao mérito da causa (artigo 22.º e artigo 33.º) mas não erige como fundamento de qualquer meio de impugnação não disponível de uma sentença arbitral nacional a violação desses critérios. Sendo assim, um árbitro pode, sem que a sentença perca eficácia jurisdicional no espaço português, utilizar critérios distintos. Convém, pois, cruzar as disposições materiais e processuais vigentes em tema de arbitragem num dado ordenamento com os fundamentos de impugnação da sentença arbitral que aquela venha a gerar"* e BORTOLOTTI [2011: 93, n. 32]: *"the arbitrators are not [to] be bound to a specific conflicts of law system and thus have a much larger flexibility in determining the applicable law"*.

²³³ Também está presente no art. 1704(2)(a) do Código Judiciário Belga; art. 1065(1)(e) do Código de Processo Civil Holandês e no art. 44.º(1)(viii) da Lei de Arbitragem japonesa.

²³⁴ *"the award is in conflict with the public policy of this state"*.

²³⁵ *"the award or the way in which it was procured being contrary to public policy"*.

²³⁶ *"la sentence est incompatible avec l'ordre public"*.

²³⁷ *"la sentence est contraire à l'ordre public international"*.

²³⁸ *"the award leads to a result which is in conflict with public policy"*, tradução de BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 436].

²³⁹ *"o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português"*.

árbitros quanto à resolução do litígio. Porém, como vimos, o tribunal pode indirectamente decidir sobre o mérito da causa se considerar que no fundamento anterior estão abrangidos as normas de conflitos previstas nas leis de arbitragem. Já a ordem pública (seja ela nacional ou internacional) é, também, um mecanismo de controlo do mérito da causa²⁴⁰, sempre e quando este incida sobre o direito substantivo e não somente sobre o processo arbitral²⁴¹.

Na Lei-Modelo, a ordem pública abrange tanto aspectos processuais como substantivos²⁴², devendo considerar a ordem pública do lugar da arbitragem (“ [of] *this state*”)²⁴³.

Quanto ao *Arbitration Act* de 1996, a ordem pública em causa é a inglesa e não de outro país²⁴⁴. No que diz respeito ao facto da ordem pública se referir a aspectos processuais ou substantivos, BORN²⁴⁵ cita uma decisão do *English Court of Appeal, Queen’s Bench Divison*, em que a ordem pública é utilizada como controlo de um contrato ilegal. Interpretando as regras referentes ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, CLARKSON/HILL²⁴⁶ afirmam que o *public policy* deve ser entendido restritivamente, citando duas decisões, uma em que se pretendia a anulação da sentença porque o árbitro tinha aplicado a *lex mercatoria*, e na outra a anulação porque o árbitro tinha aplicado *non-legal criteria*.

No caso da LDIP encontramos três posições²⁴⁷: ordem pública internacional suíça (segundo a maior parte da doutrina); ordem pública internacional do Direito aplicável ao mérito da causa e da ordem pública de Estados terceiros, quando tenham interesses

²⁴⁰ No mesmo sentido v. REDFERN/HUNTER [2004: 420].

²⁴¹ V. POUURET/BESSON [2007: 757 e ss].

²⁴² *Idem* p. 756. Veja-se o parág. 56 da acta da 317.ª reunião dos trabalhos preparatórios da Lei-Modelo publicados disponíveis em www.uncitral.org/uncitral/eu/uncitral_texts/arbitration/1985Model_Arbitration.html: “The CHAIRMAN said that the Commission seemed disposed to retain the reference in article 34 (2)(b)(ii) to public policy without amplification in the text, but with reference in the report to what the term meant in other conventions in which it was used, namely fundamental principles of law, without differentiating between substantive and procedural law”.

²⁴³ POUURET/BESSON [2007: 761-762].

²⁴⁴ Neste sentido MERKIN [2010: 19-50/10 e n. 2].

²⁴⁵ BORN [2009: 2624 e n. 371].

²⁴⁶ CLARKSON/HILL [1996: 292].

²⁴⁷ Ver esta discussão doutrinária e autores citados em LIMA PINHEIRO [2005b: 276 e ss]., v. também KOHLER/RIGOZZI [2010: 522-539].

prevalentes (posição de BUCHER²⁴⁸) e ordem pública universal (seguido pela jurisprudência).

A primeira posição é defendida por POUURET/BESSON, através de uma interpretação conjugada do art. 190.º com o art. 27.º da LDIP e a Convenção de Nova Iorque, atendendo a que a função dos preceitos é idêntica, ou seja, ambos prevêm a execução de uma decisão arbitral contrária à ordem pública do próprio Estado e não à ordem pública de outros Estados²⁴⁹.

O Tribunal Federal Suíço considerava que a ordem pública referida no art. 190.º, n.º 1, al. e) da LDIP devia abranger o “*fundamental legal or moral principles recognized in all civilized countries*”²⁵⁰. Todavia, considera POUURET/BESSON que a jurisprudência está a mudar: “*the Swiss Federal Tribunal now refers to the Swiss – and not universal – conception of public policy. However, it is not domestic public policy, but public policy in international matters, i.e., fundamental rules and principles, the respect of which must be ensured also in international relations*”²⁵¹. No que diz respeito ao controlo de “*rules of mandatory law*” os tribunais têm entendido que este é muito circunscrito.²⁵²

O CPC francês faz uma distinção conforme seja arbitragem interna ou internacional. Em relação à primeira, defende-se uma ordem pública nacional (art. 1492.º, 5.º); em relação à segunda, uma ordem pública internacional (art. 1520.º, 5.º). A ordem pública internacional “controla” tanto o processo arbitral, como as questões de mérito²⁵³. A diferença entre ordem pública nacional e ordem pública internacional está obviamente no controlo para as arbitragens internacionais e domésticas²⁵⁴, sendo

²⁴⁸ V. posição de BUCHER em LIMA PINHEIRO [2005b: 277] e POUURET/BESSON [2007: 765].

²⁴⁹ POUURET/BESSON [2007: 765].

²⁵⁰ Citação feita por POUURET/BESSON [2007: 766 e n. 379]. V. também REDFERN/HUNTER [2004: 419]: “[a]ccording to the Swiss Federal Supreme Court, public policy denotes fundamental legal principles, a departure from which would be incompatible with the Swiss legal and economic system”, citando uma decisão deste tribunal de 18 de Setembro de 2001.

²⁵¹ POUURET/BESSON [2007: 766-767]. LIMA PINHEIRO [2005b: 277] não refere esta mudança, mantendo a posição de que a jurisprudência entende como ordem pública transnacional.

²⁵² V. BORN [2009: 2629 e jurisprudência citada em n. 399].

²⁵³ Neste sentido POUURET/BESSON [2007: 756].

²⁵⁴ Afirma BORN [2009: 2834] que esta diferença segue o propósito de “*limiting the scope of the public policy exception in recognition contexts, by excluding domestically-oriented public policies and*

o controlo para as primeiras maior, considerando, porém, MAYER²⁵⁵ que a distinção é inútil. Todavia, com base na jurisprudência, afirmam POUURET/BESSON que certos fundamentos podem servir para afastar uma decisão doméstica, e já não uma decisão arbitral internacional²⁵⁶.

Em suma, estamos perante uma ordem pública internacional francesa e não uma ordem pública transnacional, comum a todos os países²⁵⁷. O fundamento deste entendimento é que, ao contrário dos árbitros, os tribunais franceses controlam exclusivamente o respeito pelo ordenamento jurídico nacional²⁵⁸, e no que diz respeito a normas imperativas (*mandatory law*) este controlo é muito restritivo²⁵⁹.

No ordenamento alemão, este preceito é entendido como norma de ordem pública nacional ou doméstica²⁶⁰, sendo que as sentenças arbitrais podem ser anuladas quando violem *manifestamente* os *princípios básicos* do Direito alemão²⁶¹, ou seja, quando a sentença for “*incompatível com a concepção de justiça da ordem jurídica alemã*”²⁶². No que diz respeito ao mérito da causa, a ordem pública deve ser interpretada restritamente evitando abusos ou uma possível revisão de mérito²⁶³, afirma BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO que “[t]he courts do not review whether

applying only those policies that are appropriate and intended for international application”. No mesmo sentido, REDFERN/HUNTER [2004: 420].

²⁵⁵ Em sentido contrário MAYER [1994: 651-652]: “[l]a distinction se révèle finalement inutile”; POUURET/BESSON [2007: 763].

²⁵⁶ V. POUURET/BESSON [2007: 763].

²⁵⁷ Neste sentido POUURET/BESSON [2007: 763], BATTIFFOL/LAGARDE [1993: 584]; MAYER [1994: 709], em sentido contrário CRAIG/PAULSSON [2000: b. 5a, 67]: a ordem pública internacional “*implicates cross-border rather than purely French interests*”.

²⁵⁸ Neste sentido POUURET/BESSON [2007: 764].

²⁵⁹ V. BORN [2009: 2629 e jurisprudência e doutrina aí citada na n. 397].

²⁶⁰ Quanto menos contactos tiver o litígio com o ordenamento alemão, menor o controlo da decisão na sua relação com a ordem pública - neste sentido BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 468]. V. ainda REDFERN/HUNTER [2004: 419]: “*German courts have held that an award will violate public policy if it conflicts with fundamental notions of justice, bonos mores or conflicts with principles which are fundamental national or economic values*”.

²⁶¹ V. BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 467].

²⁶² LIMA PINHEIRO [2005b: 276].

²⁶³ BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 468-469], v. também p. 452 e ss.

*the tribunal applied the law or at least its mandatory provisions*²⁶⁴ *correctly but merely whether the content of the award is such that its enforcement would be contrary to public policy*²⁶⁵, entendendo a ordem pública como “*mandatory rules which protect the bases of German public and economic order, or contrary to fundamental principles of law or otherwise infringes public order or good morals*”²⁶⁶. No caso de sentenças que contenham um erro quanto ao mérito, só se considera que violam a ordem pública se afectarem seriamente os princípios de certeza e confiança jurídica²⁶⁷; em sentido contrário, afirma POUURET/BESSON que “*wrong application of the law or even an obvious error or the non-application of a mandatory domestic rule constitute a violation of German public policy*”²⁶⁸, citando Raeschke-Kessler, Berger e Schwab/Walter²⁶⁹.

Quanto ao Direito Federal dos Estados Unidos, não está previsto este fundamento no FAA, mas os tribunais entendem que é um princípio assente no *Common Law*²⁷⁰. Este fundamento é aplicado de maneira muito limitada e somente uma “*policy*” explícita, bem definida e dominante, fundamentada numa lei ou num precedente pode impor a sua força de ordem pública. Por último, a decisão teria de produzir um resultado que as partes legitimamente não teriam acordado directamente²⁷¹. No que diz respeito à “*mandatory law*”, este controlo é limitado²⁷².

²⁶⁴ Tais como Direito da concorrência, normas antitrust, controlo de importações e exportações e leis de câmbio monetário - lista retirada de BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 470].

²⁶⁵ *Idem* p. 469. V. jurisprudência citada em BORN [2009: 2628 e n. 392].

²⁶⁶ BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 469].

²⁶⁷ Neste sentido BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO [2007: 469].

²⁶⁸ POUURET/BESSON [2007: 762]. V. BORN [2009: 2629 e jurisprudência citada na n. 398 e p. 2833].

²⁶⁹ V. POUURET/BESSON [2007: 762, n. 348].

²⁷⁰ V. BORN [2009: 2620-2621 e 2625 e jurisprudência aí citada], v. também LIMA PINHEIRO [2005b: 275] e REFDERN/HUNTER [2004: 422] citando uma decisão do Superior Court of Justice of Ontario (no Canadá): “*for an award to offend public policy [it] must fundamental offend the most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario*”. V. ainda CRAIG/PAULSSON [2000: 5 a, 120-121] e v. caso Northrop Corp. v. Triad Int’l Marketing, 811 F.2d 1265.

²⁷¹ V. BORN [2009: 2625-2626 e 2831].

²⁷² *Idem* p. 2629 e jurisprudência citada em n. 401. Veja-se, porém, a numerosa jurisprudência americana citada por BORN que anulou decisões arbitrais por contrariar em certas normas imperativas. Ob. cit., p. 2626, n. 384.

No caso português²⁷³ a antiga LAV não consagrava a violação da ordem pública internacional como fundamento de impugnação²⁷⁴; na nova LAV foi introduzida no art. 46.º, n.º 3, al. b), subal. ii). Defende LIMA PINHEIRO que esta não deve ser interpretada num modo restritivo, mas sim como estando “*ao serviço das suas* [de um Estado] *normas fundamentais que prossigam fins de política económica, social, cultural ou ambiental ou fins de política externa em sentido estrito*”²⁷⁵.

Na al. i, este fundamento vai mais longe do que os pressupostos previstos na Lei Modelo, na Convenção de Nova Iorque e na maioria das Leis de arbitragem nacionais. A revisão do mérito da causa pode apresentar várias formas, chegando a entrar na esfera de um verdadeiro recurso²⁷⁶. Logo de antemão devemos dizer que a evolução actual vai no sentido de afastar qualquer revisão do mérito das decisões arbitrais²⁷⁷. BORN²⁷⁸ menciona como exemplos de países que apresentam como fundamento a revisão de mérito, a Inglaterra, Irlanda, China, Austrália, Singapura, Abu Dhabi, Líbia, Arábia Saudita, Egipto e os Estados Unidos da América. Em certas jurisdições não é possível anular a sentença ou revê-la por razões de mérito: veja-se o art. 190.º, 2 da LDIP²⁷⁹, o art. 1518.º do CPC francês, o art. 1704.º, 2 do Código Judicial belga; o art. 1065.º do Código de Processo Civil holandês; o § 1059.º do ZPO alemão; o § 611 do ZPO austríaco; § 34 da Lei de arbitragem Sueca; art. 44.º da Lei de Arbitragem Japonesa; art. 40.º da Lei de Arbitragem de Taiwan e o §9 do FAA²⁸⁰. No Quebeque, o art. 946.º, n.º 2 da Lei de arbitragem afirma mesmo que “[l]e tribunal (...) ne peut

²⁷³ Sobre a Ordem Pública internacional na doutrina portuguesa v. TABORDA FERREIRA [1959: 185-200]; FERRER CORREIA [2000: 405-420]; BAPTISTA MACHADO [1974: 253-272]; MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 414-434]; LIMA PINHEIRO [2009a: 584-597]

²⁷⁴ Afirmam DUARTE DE SOUSA/LOS SANTOS[2012: 74] que esta inovação foi a mais debatida na alteração à antiga LAV.

²⁷⁵ LIMA PINHEIRO [2009a: 533].

²⁷⁶ V. MARTINEZ-FRAGA [2009: 15].

²⁷⁷ No mesmo sentido, BORN [2009: 2638 n. 452]; v. LIMA PINHEIRO [1998: 411].

²⁷⁸ *Idem* p. 2639.

²⁷⁹ Todavia, existia, anteriormente à alteração de 2011, a possibilidade das partes escolherem a Lei de algum dos Cantões suíços, pois a Convenção Internacional de Arbitragem (1969) permitia anular uma sentença que fosse arbitrária.

²⁸⁰ Os tribunais americanos entendem que não pode haver revisão de mérito, v. Baxter Int'l, Inc. v Abbott Labs., 315F.3d 829 (US App., 2003).

examiner le fond du différend.”. O Código Geral de Processo do Uruguai vai no mesmo sentido no seu art. 499.º.

Quanto a uma defesa de necessidade de revisão de mérito, veja-se esta frase de BORN: “[t]he ancient adage that “absolute power corrupts absolutely” has force in this context, as in others. Simply put, a limited measure of substantive judicial review arguably serves to safeguard the integrity of the arbitral process by permitting annulment of truly perverse decisions and by providing arbitrators with an enhanced incentive to do their job properly”. Atendendo a esta premissa, defende que deve haver revisão do mérito quando o tribunal arbitral se afastar do que as partes convencionaram, salvo nos casos em que as partes tenham recusado a possibilidade de recurso ou tenham querido que a decisão se baseasse na equidade²⁸¹. Mas devemos fazer uma chamada de atenção: sempre que se defenda uma revisão de mérito esta deve ser limitada, de forma a não pôr em causa as qualidades da arbitragem, ou seja, não permitir que seja um verdadeiro recurso²⁸².

Os tribunais dos Estados Unidos faziam, até há pouco tempo²⁸³, por via da anulação, uma revisão de mérito. É a chamada “*manifest disregard of law doctrine*”, com base no FAA, criada pelo U.S. *Supreme Court* em 1953, no caso *Wilko v. Swan*²⁸⁴, mas sendo afastado pelo *Supreme Court* em 2008 no caso *Hall Street*²⁸⁵. Pode defender-se que este critério está previsto no caso de excesso de poderes dos árbitros²⁸⁶.

O “*Manifest Disregard of the Law*” é defendido por grande parte da doutrina e jurisprudência²⁸⁷, ainda que uma decisão recente tenha afirmado que os fundamentos de anulação previstos no FAA são taxativos²⁸⁸, ou seja, uma decisão do *Supreme*

²⁸¹ V. BORN [2009: 2654].

²⁸² *Idem*

²⁸³ V. BORN [2009: 2638, n. 451].

²⁸⁴ Reza assim a decisão: “*the interpretations of the law by the arbitrators in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial review for error in interpretation*”, *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

²⁸⁵ BORN [2009: 2640, n. 463].

²⁸⁶ *Swift Indus., Inc. v. Botany Indus., Inc.*, 466 F.2d 1125.

²⁸⁷ *Idem* p. 2639.

²⁸⁸ *Ibidem*, n. 458.

Court, ao consagrar como exclusivos os fundamentos para reconhecimento e anulação, torna difícil defender a aplicação da doutrina do “*manifest disregard of law*”²⁸⁹.

Com base numa decisão Americana podemos resumir a doutrina em dois passos, um objectivo e outro subjectivo:

- Primeiro, devemos considerar se “*the ‘governing law alleged to have been ignored by the arbitrators [was] well defined, explicit, and clearly applicable.’*”;
- Segundo: “[w]e then look to the knowledge actually possessed by the arbitrator. The arbitrator must “*apreciate[] the existence of a clearly governing legal principle but decide[] to ignore or pay no attention to it*”²⁹⁰.

Claro que há tribunais nos Estados Unidos que são menos exigentes na apreciação desta doutrina²⁹¹, aplicando-a apenas em caso de deliberada não aplicação de Direito que os árbitros deveriam ter aplicado²⁹², havendo algumas decisões que equiparam esta doutrina à violação da Ordem Pública Internacional. Defende-se que esta se aplica na interpretação do direito norte-americano e não outro, atendendo a que os juizes não têm conhecimento técnico para apreciação de outro direito²⁹³. Inclusive, os tribunais proíbem o afastamento pelas partes deste fundamento de anulação²⁹⁴.

No que diz respeito à al. j), este foi retirado do n.º 3 do art. 1520.º do CPC francês, igual ao previsto no art. 1502.º, 3 anterior à alteração legislativa efectuada pelo Decreto n.º 2011-48 de 13 de janeiro de 2011.

A doutrina interpreta este preceito no sentido de que a violação das regras processuais escolhidas pelas partes constitui desconformidade com a missão conferida

²⁸⁹ Ibidem, p. 2641.

²⁹⁰ Decisão citada em BORN [2009: 2641-2642, referência, n. 468] e v. também CRAIG/PAULSSON [2000: 5 a, 123 e n. 154].

²⁹¹ Ver citação de decisões em BORN [2009: 2642, n. 472] e *Montes v. Shearson Lehman Bros., Inc.*, 128 F.3d 1456: “[w]e do not permit review and reject any argument that to err legally always equates to a “*manifest disregard of law*”.

²⁹² LIMA PINHEIRO [2005b: 171], v. também CRAIG/PAULSSON [2000: 5 a, pp. 123-124].

²⁹³ BORN [2009: 2644] parece defender em sentido divergente LIMA PINHEIRO, que este fundamento pode ser invocado no caso de as partes designarem um direito estrangeiro ou extra-estadual e o tribunal o ignore deliberadamente, ob cit e v. LIMA PINHEIRO [2005b: 273 e doutrina citada na n. 823].

²⁹⁴ Idem p. 2645.

aos árbitros²⁹⁵. Este fundamento abrange também os casos em que os árbitros tenham decidido como *amiable compositeurs* sem autorização das partes ou tenham proferido decisão com base em direito estrito quando mandatados para decidir como *amiable compositeurs*. Por último, também é fundamento de impugnação quando não tenham respeitado a *electio iuris* estabelecida pelas partes²⁹⁶.

B. Recurso.

No que diz respeito à possibilidade de recurso²⁹⁷, BORN considera que “[d]e novo judicial consideration of the parties’ disputes would convert an agreement to arbitrate into an agreement to mediate and an arbitral award into a mere recommendation, results which are contrary to the Convention’s [refere-se à Convenção de Nova Iorque] premises and requirements”²⁹⁸.

No que diz respeito ao recurso, este é permitido pelo direito francês, desde que estipulado pelas partes, todavia, este só é admitido nas arbitragens internas (art. 1489.º e 1518.º do CPC)²⁹⁹.

O *Arbitration Act* 1996 inglês, sem distinguir a arbitragem nacional da internacional³⁰⁰, no seu art. 69.º permite recurso no caso de erros substantivos de direito, apesar de poder ser afastado pelas partes³⁰¹. Entendemos que ao se escolherem

²⁹⁵ *Idem* p. 170.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 271.

²⁹⁷ Sobre a necessidade de revisão de mérito das decisões arbitrais internacionais ver BORN [2009: 2651 e ss.]. A razão de ser desta revisão prende-se com a desconfiança e preocupação por uma aplicação uniforme do direito. Veja-se a citação de uma decisão de 1922 do *Court of appeal* inglês “*That the [commercial arbitration] will continue their present popularity I entertain no doubt, so long as the law retains sufficient hold over them to prevent and redress any injustice on the part of the arbitrator, and to secure that the law that is administered by an arbitrator is in substance the law of the land and not some home-made law of the particular arbitrator or the particular association*”.

²⁹⁸ *Idem* p. 2559. E também contra o espírito da Lei-Modelo Uncitral, v. Relatório do Secretário geral da UNCITRAL parç 11, Doc. A/CN.9/207; v. também VAN DEN BERG [1981: 269-274].

²⁹⁹ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 167].

³⁰⁰ *Idem* p. 282. V. CRAIG/PAULSSON [2000: booklet 5a, p. 38 e 49].

³⁰¹ Afirma POUURET/BESSON [2007: 758] que “*the waiver of the appeal (...) is quite common in international agreements which provide for arbitration in London*”

regras de arbitragens institucionais, se está a afastar a possibilidade de recurso³⁰², sendo que a maior parte das regras das instituições de arbitragem afastam a possibilidade de recurso³⁰³.

Nos termos do art. 69.º, o recurso só é admissível quando for aplicável o direito material do foro³⁰⁴ e não se pode recorrer de questões de facto³⁰⁵. Tem de ser um erro óbvio e o tribunal só pode anular se entender que é “*just and proper*”³⁰⁶ fazê-lo.³⁰⁷ Os tribunais ingleses têm, porém, seguido a tendência de reduzir a intervenção nos processos arbitrais³⁰⁸.

A China³⁰⁹, a Austrália³¹⁰ e a Irlanda³¹¹ também permitem a revisão de mérito quando haja errada aplicação do Direito. A Nova Zelândia permite esta revisão se as partes assim tiveram estipulado³¹².

A Argentina permite o recurso das sentenças arbitrais com os mesmos fundamentos que as sentenças judiciais de primeira instância³¹³. O Abu Dhabi, a Arábia Saudita e a Líbia permitem amplos fundamentos para revisão da sentença³¹⁴. O Egipto permite a revisão da sentença na escolha do mérito aplicável à causa³¹⁵.

A nova lei de arbitragem portuguesa prevê a possibilidade de recurso nas arbitragens internacionais, sempre e quando as partes assim o tenham estipulado, cabendo o recurso para outro tribunal arbitral (art. 53.º). As partes não podem escolher

³⁰² Neste sentido BORN [2009: 2646].

³⁰³ POUURET/BESSON [2007: 758] v. também CRAIG/PAULSSON [2000: b. 5a, p. 49].

³⁰⁴ Neste sentido LIMA PINHEIRO [2005b: 175] e REDFERN/HUNTER [2004: 424].

³⁰⁵ Neste sentido BORN [2009: 2647] e MOURA VICENTE [2011: 759].

³⁰⁶ *Arbitration Act* de 1996, art. 69.º, n.º 3, al. d), e também a questão tem de ser de “general public importance” e a decisão “is at least open to serious doubt” v. REDFERN/HUNTER [2004: 424] e CRAIG/PAULSSON [2000: b. 5a, p. 49].

³⁰⁷ V. BORN [2009: 2647].

³⁰⁸ *Idem* p. 2647 e MOURA VICENTE [2011: 747].

³⁰⁹ Arts. 58.º, n.º 4 e 5; art. 63.º e art. 217.º, n.º 4 e 5 da Lei de Arbitragem Chinesa.

³¹⁰ V. art. § 38 das Leis de Arbitragem Comercial de cada estado de Australia que permite recurso em caso de erro de direito.

³¹¹ V. BORN [2009: 2648 e n. 503].

³¹² A Lei de Arbitragem de Nova Zelândia dispõe no seu art. 5.º : “*unless parties affirmatively agree*”.

³¹³ V. art. 758.º Código de Processo Civil e Comercial da Argentina.

³¹⁴ V. art. 91.º, 2, al. v do Código de Processo Civil de Abu Dhabi; Art. 19.º da Regulação de Arbitragem da Arábia Saudita e o art. 767.º do Código de Processo Civil e Comercial da Líbia

³¹⁵ Lei de Arbitragem do Egipto, art. 53.º, n.º 1, v. DUFOULEUR/LEBOULANGER, [1994: 681-682].

como órgão de recurso um tribunal estadual, ao contrário do que se permite na arbitragem interna (cfr. art. 39.º, n.º 4)³¹⁶.

Em suma, o controlo estadual por via da anulação é, nos sistemas consultados, feito pelo Estado sede da arbitragem, entendida esta como a sede escolhida pelas partes e na sua ausência pelo tribunal arbitral (sede convencional).

O entendimento de que o Estado sede da arbitragem tem competência exclusiva (e o Estado em cuja lei processual se baseie a sentença) deve-se à relevância do art. V, 1, al. e) da Convenção de Nova Iorque que, como veremos adiante, permite a recusa de reconhecimento de sentenças anuladas neste Estado.

Os fundamentos de anulação da sentença arbitral são os previstos no Estado sede da arbitragem, sendo que as Convenções de Nova Iorque, Interamericana e Europeia são interpretadas por alguma doutrina como contendo limites aos fundamentos que podem ser invocados.

No que diz respeito ao fundamento da al. c), procurando saber se abrangiam os factos referidos *supra*, ao analisar a doutrina e jurisprudência, demo-nos conta de que esta não é muito conclusiva, já que alguns autores entendem abranger os casos em que os árbitros decidem com base na equidade sem estarem autorizados a tal, sendo raros os casos em que referem a violação pelos árbitros das normas de conflitos das leis de arbitragem.

A Ordem Pública tem uma maior interferência no mérito da causa, mas funciona sempre como limite fundamental ao decidido pelos árbitros e não se considera como contrária à ordem pública a violação de normas de conflitos pelos árbitros ou a decisão com base na equidade quando não escolhida. Vejam-se os casos citados *supra* em que a aplicação da *lex mercatoria* ou um critério não jurídico não serviu de fundamento de anulação com base na Ordem Pública. Assim, a Ordem Pública é um limite às decisões quanto ao mérito em geral, como se verá *infra*, e não um limite específico à aplicação da *lex mercatoria*, erro quanto à aplicação de um direito³¹⁷ ou decisão com base na equidade sem que esteja autorizado.

Porém, certos países, por via da anulação, têm feito uma revisão de mérito quando os árbitros **se tenham enganado** na aplicação do direito - é o que acontece nos Estados

³¹⁶ No mesmo sentido HELENA BRITO [2012: 48]; v. também AAVV Lei de arbitragem ..., p. 102.

³¹⁷ V. *supra* n. 124.

Unidos com o *manifest disregard of law doctrine*. No caso de se seguir a opinião que defende que esta doutrina só vale no que diz respeito à aplicação do Direito norte-americano, não se abrange os casos em que os árbitros devam decidir com base na equidade ou em outro direito que não o americano.

O fundamento previsto no ordenamento jurídico francês no art. 1520.º do CPC é parecido com o fundamento aqui referido na al. c); todavia, a doutrina e jurisprudência têm-no interpretado de forma mais abrangente, aplicando-o nos casos de sentença que decida com base em *amiable compositeurs* sem autorização ou quando não tenha respeitado a *electio iuris*.

No que diz respeito ao recurso, é o meio por excelência para haver uma revisão do mérito, sem qualquer limite mas, como vimos, em certos ordenamentos esta possibilidade tem que ser estipulada e noutros nem sequer é permitida.

A doutrina e jurisprudência, na sua grande maioria, têm entendido que na aplicação dos fundamentos de anulação deve-se sempre ser restritivo na revisão do mérito, ou não deve mesmo haver qualquer revisão. No que diz respeito ao recurso, têm entendido que não deve existir.

1.2.2.2. Reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras.

Sempre e quando a parte perdedora não cumprir voluntariamente a decisão arbitral, a parte vencedora terá que recorrer aos tribunais estaduais do sítio onde se encontram os bens da outra parte para os penhorar e vender. A parte vencedora deverá fazer um exercício de investigação de forma a localizar os bens - sejam contas bancárias, bens imóveis ou outros - da outra parte³¹⁸, que podem estar localizados em qualquer país, situados, com maior probabilidade, no país do seu domicílio ou sede³¹⁹.

Como vimos atrás, os actos materiais de penhora e venda de bens não podem ser levados a cabo por um tribunal arbitral, que não tem legitimidade para executar as suas próprias decisões³²⁰.

As sentenças arbitrais proferidas num determinado Estado, para serem executadas noutro Estado³²¹, carecem de ser reconhecidas (são as chamadas arbitragens

³¹⁸ V. REDFERN/HUNTER [1986: 337-338]

³¹⁹ No mesmo sentido v. *Idem* p. 341.

³²⁰ *Ibidem* p. 340

“estrangeiras”). Pode, então, deduzir-se que as decisões domésticas, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, não carecem de qualquer acto prévio para serem executadas; todavia, em certos ordenamentos, as decisões arbitrais internas também carecem de uma declaração de executoriedade (cfr. art.º 35/1 da Lei-Modelo; art. 1487.º CPC francês; art. 825.º, n.º 3 do CPC Italiano e §1060, 1 do ZPO)³²².

Cabe fazer uma distinção entre reconhecimento e execução. Com o primeiro pretende-se pedir ao tribunal estadual que reconheça a sentença como válida e vinculativa perante as partes e que produza efeitos no seu ordenamento, sobretudo como *res judicata*³²³. Com a execução o tribunal não só reconhece, como utiliza os seus meios de coerção material contra a parte perdedora³²⁴.

Existem, pois, diferentes mecanismos^{325 326} para conseguir o reconhecimento e execução da sentença arbitral, que variam consoante os instrumentos normativos que estejam em vigor no ordenamento jurídico ao qual se pede reconhecimento. É uma realidade mais complexa do que o reconhecimento de sentenças judiciais estrangeiras³²⁷.

Começamos pela Convenção de Nova Iorque³²⁸. Esta convenção é um dos instrumentos mais importantes para efeitos de reconhecimento e execução de uma

³²¹ Afirma LIMA PINHEIRO [2005b: 286]: “O reconhecimento das decisões arbitrais ‘estrangeiras’ (...) é importante para o desenvolvimento do comércio internacional, consideração que se alia à eficácia prática das decisões jurisdicionais, evitando que a execução possa ser impedida pela localização dos bens fora do Estado da ‘nacionalidade’ da decisão”.

³²² Idem pág. 283.

³²³ V. REDFERN/HUNTER [1986: 335].

³²⁴ Idem p. 336

³²⁵ No caso português se a decisão arbitral estrangeira for proferida num país que não seja parte contratante da Convenção de Nova Iorque, aplica os arts. 55.º e ss. Deve-se, porém, atender ao Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre Portugal e Angola; Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre Portugal e Cabo Verde e Acordo de Cooperação Jurídica entre Portugal e Guiné-Bissau.

³²⁶ Sobre a nova LAV no que diz respeito ao reconhecimento v. FONTES/MARTINS [2012: 22].

³²⁷ Ibidem pag. 338

³²⁸ Não nos podemos esquecer da Convenção de Genebra para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1927), todavia têm um âmbito de aplicação muito limitado devido ao art. VII/2 da Convenção de Nova Iorque e a ampla aplicação desta.

sentença arbitral³²⁹, tendo marcado uma importante fronteira no âmbito da arbitragem comercial moderna³³⁰.

Esta Convenção é aplicada pelo tribunal do Estado parte contratante que tenha que reconhecer e executar sentenças arbitrais proferidas noutros Estados³³¹ (sentenças arbitrais estrangeiras) ou que, por qualquer razão, não considere como nacionais (art. I, 1). O art. I, 3, 1.^a parte permite aos Estados, com base na reciprocidade, aplicar unicamente a Convenção às sentenças proferidas no território de outro Estado contratante³³². Todavia, atendendo a que fazem parte desta Convenção 148 Estados³³³, a ressalva acaba por ter um âmbito reduzido³³⁴.

Uma questão prévia essencial é saber o que se deve entender por decisões proferidas no território de um Estado. Podemos tomar por referência o lugar onde a decisão é elaborada – considerando que a sentença fica completa com a assinatura dos árbitros, releva o lugar onde esta aconteceu. Por outro lado, podemos ter em conta o lugar onde a decisão é comunicada às partes. Por último, podemos considerar que uma decisão é proferida no lugar da sede da arbitragem. Esta última posição faria coincidir o âmbito de aplicação da Convenção com o critério seguido pela maioria dos Estados para delimitar o âmbito espacial das respectivas leis de arbitragem³³⁵.

Qual, então, a posição que consideramos adequada?

A aplicação da Convenção de Nova Iorque não pode ficar vinculada a vicissitudes do processo arbitral, pelo que deve entender-se que a decisão é proferida no lugar

³²⁹ Neste sentido v. PIMENTA COELHO [1996: 37 e 63]. V. no mesmo sentido VAN DEN BERG [2001: 126]: “[i]n less than 10% of the cases, enforcement of an award is refused under the Convention. It is said to be the most successful treaty in the field of international private law of the last century (and possibly millennium)”.

³³⁰ REDFERN/HUNTER [1986: 46 e 47].

³³¹ O lugar onde a sentença foi proferida é o lugar da sede do tribunal arbitral, sendo este o estabelecido pelas partes, e na falta desta, a decidida pelos árbitros. Neste sentido BARROCAS [2010: 619]. LIMA PINHEIRO [2005b: 296] ; BORN [2009: 2409-2410], afirmando que “*arbitral seat will typically be where an arbitral award is made*”, p. 1287 n. 281.

³³² Nesse caso, no ordenamento jurídico inglês aplica-se o Arbitration Act de 1996, cfr. CLARKSON/HILL [1996: 290 e ss].

³³³ Ver: <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>

³³⁴ No mesmo sentido DIAS OLIVEIRA [2012: 73].

³³⁵ Neste sentido LIMA PINHEIRO [2005b: 292].

fixado pelas partes ou, na sua omissão, pelos árbitros. A elaboração da decisão noutra lugar não será relevante³³⁶.

As regras processuais de reconhecimento são as estipuladas pelo direito interno, tendo de respeitar as regras previstas nos arts. IV e ss. da Convenção (art. III)³³⁷. Não podem, porém, ser aplicadas condições sensivelmente mais rigorosas do que as aplicadas para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais nacionais (art. III segunda parte)³³⁸. Estamos, pois, perante um princípio de não discriminação.³³⁹ Como demonstram os trabalhos preparatórios da Convenção, o que se pretende é “garantir que o processo de reconhecimento das sentenças estrangeiras não é sensivelmente mais oneroso que o estabelecido para as sentenças nacionais”³⁴⁰. O art. III refere somente regras processuais (tais como prazos, requerimentos, entrega de documentos...) e não regras substantivas de reconhecimento.

A Convenção de Nova Iorque consagra uma obrigação de reconhecimento, sendo que o Tribunal só pode não reconhecer quando a parte que se queira opor ao reconhecimento prove³⁴¹ que se violou algum dos fundamentos previstos no art. V.³⁴² Mesmo que algum ocorra, o Tribunal pode reconhecer a sentença arbitral^{343 344}, o que demonstra que a Convenção de Nova Iorque pretende facilitar o reconhecimento das sentenças arbitrais^{345 346}. As próprias partes podem, conforme defende alguma doutrina, na convenção de arbitragem, abdicar do direito de se opor ao reconhecimento

³³⁶ Idem p. 295

³³⁷ PARK [2007: 70-71].

³³⁸ V. BORN [2009: 2709].

³³⁹ Idem p. 2710.

³⁴⁰ LIMA PINHEIRO [2005b: 298].

³⁴¹ Uma das mudanças importantes da Convenção de Nova Iorque com respeito à Convenção de Genebra é o ónus de prova: enquanto nesta o ónus de prova era de quem procurava executar a sentença; naquela é o ónus cabe a quem se quer opor à execução. BORN [2009: 2718].

³⁴² Idem p. 2714.

³⁴³ BORN [2009: 2711 e 2722-23].

³⁴⁴ Pode dizer-se que esta interpretação é verdadeira para as versões inglesa, chinesa, russa e espanhola, mas não para a francesa que é ambígua. Idem, p.2723.

³⁴⁵ Ibidem p. 2712.

³⁴⁶ Ver as sentenças mencionadas por BORN [2009: 2715-2716, n. 59, 60, 61, 62, 63, 64 e 65] referentes a decisões judiciais americanas, inglesas e alemãs, francesas, suíças, italianas, holandesas, luxemburguesas, russas e sul coreanas. Quanto a sentenças espanholas, idem p. 2716, n. 71.

e execução da sentença com base em todos ou em alguns fundamentos, mas obviamente existem limites à autonomia das partes, como no caso dos fundamentos de ordem pública internacional e da arbitrabilidade. Tanto a lei suíça como a belga, nos arts. 190.º, 2 e 192.º, 1 da LDIP e o art. 1717.º, 4 do Código Judiciário Belga, permitem o afastamento dos requisitos de anulação de sentença, pelo que se pode defender a aplicação analógica no caso do reconhecimento e execução de sentença.

Devemos, ainda, atender ao estabelecido no art. VII da Convenção, que consagra o princípio do tratamento mais favorável, ou seja, a Convenção deixa de ser aplicável se através de outros instrumentos se pode reconhecer e executar a sentença³⁴⁷.

Um caso interessante é o referido em REDFERN/HUNTER³⁴⁸, no qual os tribunais austríacos anularam uma decisão por ter sido decidida com base na *lex mercatoria*, violando o sistema nacional de conflitos, tendo os tribunais franceses acabado por reconhecer a sentença.

O n.º 2 do art. VII derroga a Convenção de Genebra de 1927³⁴⁹ e o Protocolo de Genebra de 1923³⁵⁰. O que não for resolvido pelo art. VII, deve ser resolvido pelos critérios estabelecidos pelo art. 30.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Por último, antes de passar aos fundamentos de recusa, é muito importante frisar que a Convenção de Nova Iorque não permite uma revisão de mérito da sentença: estamos perante o “*sacrosanct principle*”, como o nomeia BORN³⁵¹, princípio este que, segundo BORN, somente encontra um opositor: Posner e Hwang & Lai. Mas, quando os tribunais o fazem, justificam a sua decisão com base na ordem pública³⁵². A própria doutrina do “*manifest disregard of law*” não se aplica no procedimento de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira em que deva ser aplicada a Convenção

³⁴⁷ Ver BARROCAS [2010: 709]; PIMENTA COELHO [1996: 52]; LIMA PINHEIRO [2005b: 308] e BORN [2009: 2676-88]. Defendendo que só a parte que pede o reconhecimento pode valer-se deste princípio. REDFERN/HUNTER [1986: 354]; LIMA PINHEIRO [2005b: 308]; BORN [2009: 2676-88].

³⁴⁸ REDFERN/HUNTER [1986: 354].

³⁴⁹ Da análise da lista dos Estados que fazem parte da Convenção de Genebra de 1927, todos fazem parte da Convenção de Nova Iorque; v. <http://treaties.un.org>.

³⁵⁰ Somente o Iraque faz parte deste Protocolo e não da Convenção de Nova Iorque.

³⁵¹ BORN [2009: 2865.]

³⁵² BORN [2009: 2865].

de Nova Iorque^{353 354}, o mesmo não se pode dizer nos casos em que se aplica a FAA³⁵⁵.

Passemos agora a enumerar os fundamentos para recusa de reconhecimento e execução da sentença que são os previstos taxativamente^{356 357 358 359} no art. V n.º 1, e que devem ser provados pela parte contra a qual se pretende o reconhecimento:

1. A incapacidade das partes para celebrarem uma convenção de arbitragem (al. a))
2. Invalidade da convenção de arbitragem ao abrigo da lei a que as partes a sujeitaram ou da lei do país em que for proferida a sentença (al. a));
3. Falta de comunicação, à parte contra a qual a sentença é invocada, da designação do árbitro e do processo de arbitragem, ou da impossibilidade de deduzir a sua contestação (al. b));
4. A sentença diz respeito a um litígio que não foi objecto da convenção de arbitragem, ou que contém decisões que extravasam os termos da mesma; no entanto, se o conteúdo da sentença referente a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado (al. c));

³⁵³ Idem, p. 2868.

³⁵⁴ Diz o Supremo Tribunal de Justiça Norte americano que “*substantive review at the award-enforcement stage remains minimal*” In 473 U.S. 614, 638 (Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.). Estamos perante a doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*), sendo criticada por FRANÇA GOUVEIA [2012: 125] ao considerar como desvantajoso um controlo de mérito pelo Estado do reconhecimento.

³⁵⁵ BORN [2009: 2870].

³⁵⁶ Idem, p. 2714, n. 56

³⁵⁷ Não só foram interpretados os pressupostos taxativamente como foram interpretados para favorecer a execução. BORN [2009: 2722].

³⁵⁸ A versão inglesa estabelece que os Estados Contratantes “*may refuse recognition of award*”, permitindo a interpretação no sentido de que, mesmo verificando-se estes pressupostos de recusa, podem reconhecer a sentença arbitral. Neste sentido BORN [2009: 2723]. O mesmo se diga da versão chinesa, russa e espanhola. Já o mesmo não se pode dizer da versão francesa (v. Born, idem), ou seja, a Convenção, então, apresenta uma obrigação de reconhecer as sentenças arbitrais que não possam ser recusadas, mas não estabelece uma obrigação de recusa.

³⁵⁹ Mesmo que o Direito Interno preveja outros pressupostos de recusa os tribunais de um Estado contratante não o podem aplicar.

5. A constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não está em conformidade com o estipulado pelas partes ou, na falta de tal estipulação, que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem (al. d));
6. A sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida (al. e)).

O n.º 2 do mesmo preceito contempla os dois fundamentos que podem ser conhecidos *ex officio* pelo Tribunal de reconhecimento ou execução³⁶⁰:

1. Não arbitrabilidade do litígio (al. a));
2. Violação da ordem pública do país onde se requer o reconhecimento ou execução (al. b))³⁶¹.

A análise que passaremos agora a fazer será centrada nos pressupostos relevantes para efeitos de determinação do direito aplicável, atendendo sobretudo ao escopo desta tese. Assim, veremos os pressupostos previstos na al. c); d) e e) do n.º 1 e da al. b) do n.º 2 do art. V da Convenção.

A al. c) do n.º 1 prevê como fundamento de recusa o caso da decisão arbitral extravasar os termos da convenção de arbitragem. Defende esta posição BROTÓNS³⁶². Porém, alguma doutrina³⁶³ defende que aqui não está em causa a violação de disposições sobre direito aplicável nem uma decisão proferida segundo equidade não autorizada pelas partes. Concordamos com esta última posição, o que se pretende neste preceito é a possibilidade de impugnar a decisão nos casos de *ultra e infra petita*. Veja-se uma decisão do *Landgericht* de Hamburgo mencionada em

³⁶⁰ BORN [2009: 2731].

³⁶¹ “*The general pro-enforcement bias informing the Convention and explaining its supersession of the Geneva Convention points towards a narrow reading of the public policy defence.*” V. esta citação em BORN [2009: 2716, n. 67].

³⁶² BROTÓNS [1984: 238]: “*Les arbitres doivent (...) appliquer la loi désignée par les parties et s’ils ne le font pas (...) le condamné peut se servir de l’article V, paragraphe 1 c)*”.

³⁶³ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 1004] e LIMA PINHEIRO [2005b: 269].

BORN³⁶⁴, afirmando que “*dealing with an objection relating to an [alleged] excess of authority would lead, in the present case, to reviewing the interpretation of the choice of law clause, and indirectly to reviewing the correctness of the arbitral award to the merits*”.

No que diz respeito a al. d), esta apresenta dois motivos de recusa de reconhecimento de sentença arbitral³⁶⁵:

- Desrespeito pelo estipulado pelas partes no que diz respeito à constituição do tribunal arbitral ou do processo de arbitragem;
- Na falta dessa estipulação, desrespeito pelas normas estabelecidas pela lei do lugar da arbitragem.

O desrespeito pelo estipulado pelas partes ou a violação do disposto na lei do lugar da arbitragem quanto ao direito aplicável pode ser abrangido neste primeiro motivo, como defende LIMA PINHEIRO³⁶⁶. Porém, afirma este autor que da análise da doutrina e jurisprudência estas não são conclusivas³⁶⁷.

Assim, por exemplo, BORN afirma que nem a Convenção de Nova Iorque nem a maior parte das Leis de arbitragem de países desenvolvidos “*expressly permit non-recognition of an arbitral award because the arbitrators erred in their choice-of-law analysis*”³⁶⁸.

Atendendo à conjunção “*failing such agreement*”, “na falta de tal convenção” “*défaut de convention*”, “*en defecto de tal acuerdo*”, pode defender-se que se deve aplicar em primeiro lugar o estipulado pelas partes, mesmo que se violem regras imperativas do lugar da arbitragem. Isso quer dizer que a lei do lugar da arbitragem tem um papel subsidiário³⁶⁹. Todavia, pode defender-se que os árbitros são obrigados a respeitar normas previstas no lugar da arbitragem que digam respeito a um

³⁶⁴ BORN [2009: 2151, n. 212].

³⁶⁵ V. VAN DEN BERG [1981: 325-332].

³⁶⁶ Defendendo, também, esta posição temos FOCHARD/GAILLARD/GOLDMAN [1996: 1005].

³⁶⁷ LIMA PINHEIRO [2005b: 270], ver autores citados na n. 811.

³⁶⁸ BORN [2009: 2151].

³⁶⁹ Descrevendo o art. V (1) d) diz o Tribunal Federal Suiço que “[i]t follows from this provision that the arbitral procedure is in the first place governed by the agreement of the parties and, failing such agreement, subsidiarity governed by the law of the country where the arbitration takes place”. In BORN [2009: 2765, n. 296].

tratamento justo (*fair treatment*)^{370 371}. Mas, afirma BORN³⁷², que grande parte da doutrina defende como princípio que a autonomia das partes prevalece sobre as “*mandatory law*”^{373 374}, o único limite a esta autonomia está nas regras sobre “*fair procedures*” (art. V(1) b)) e a ordem pública internacional prevista na al. b) do n.º 2 do art. V³⁷⁵. Mas claro que indirectamente podem aplicar-se “*mandatory rules*” através da anulação no Estado do lugar da arbitragem e nesse caso o fundamento da al. e) do n.º 1 do art. V aplica-se. Contudo, o contrário já pode ser fundamento para não haver reconhecimento, ou seja, os casos em que os árbitros aplicaram a “*mandatory rules*” do lugar da arbitragem contrariamente ao estipulado pelas partes³⁷⁶. **É importante frisar que este preceito valoriza unicamente a Lei do lugar da arbitragem e não qualquer outra lei, pelo que limita a aplicação de qualquer outra jurisdição para efeitos de reconhecimento.** Poder-se-á afirmar, como alguns tribunais o têm feito, que não é, em sede de reconhecimento, a maneira mais apropriada para verificar a conformidade com as normas do lugar da arbitragem, mas sim em sede de anulação de sentença³⁷⁷. Todavia, a Convenção de Nova Iorque assim o permite no seu art. V (1) (d)³⁷⁸, sendo que, em termos práticos, deve a parte vencida tentar anular a sentença arbitral no Estado da sede da arbitragem, mais do que utilizar como fundamento em oposição ao reconhecimento.³⁷⁹ Caso intente acção de anulação fica precluída a possibilidade de invocar o mesmo argumento em sede de reconhecimento³⁸⁰.

³⁷⁰ BORN [2009: 2768].

³⁷¹ Ver decisão de Cour d'Appel de Paris que afirma “*The will of the parties expressed in the arbitration clause to submit their future disputes to two arbitrators designated by them cannot frustrate the provisions of [da lei do sítio da arbitragem] which prescribes an uneven number of arbitrators. The two arbitrators did nothing more than make themselves subject to the above-mentioned mandatory law*”. In BORN [2009: 2768, n. 313].

³⁷² Idem p. 2769 “*where a conflict is unavoidable, it is the parties’ agreed arbitral procedures that prevail over local mandatory law for purposes of Article V (1)(d)*.”

³⁷³ Neste sentido o “Swiss Federal Tribunal” afirma que “*even the mandatory rules of procedure of a State also can be declared inapplicable and they can be substituted with the parties’ own rules*”, BORN [2009: 2768, n. 314].

³⁷⁴ Idem, pp. 2768-2769

³⁷⁵ Ibidem, p. 2769.

³⁷⁶ BORN [2009: 2769].

³⁷⁷ Idem p. 2775 e n. 348.

³⁷⁸ Ibidem p. 2776.

³⁷⁹ Ibidem.

Devemos, pois, concluir que a desconformidade processual com a lei do lugar da arbitragem só tem lugar quando as partes não tenham regulado a questão, pois o Estado Contratante é obrigado a reconhecer a sentença segundo o estipulado pelas partes e não segundo a lei do lugar da arbitragem. Com base nesta parte do preceito, BORN defende que o Estado de reconhecimento pode reconhecer uma sentença arbitral que tenha sido anulada no lugar da arbitragem com base em normas “*idiosyncratic, discriminatory or other local procedural requirements*”³⁸¹, atendendo à hierarquização³⁸² prevista nesta alínea e ao art. VII da Convenção. Defende mesmo que “*other Contracting States are in principle required, by virtue of Articles II (3) and V(1)(b), to recognize arbitral awards that have been annulled in the arbitral seat on the basis of national laws that prescribe discriminatory or idiosyncratic mandatory procedural requirements*”³⁸³. Mas devemos acrescentar que a violação de normas do Estado sede da arbitragem tem de afectar de forma **material e significativa** os direitos da parte.³⁸⁴

Consideramos que não se pode argumentar que as partes, ao escolherem o lugar da arbitragem, estão a escolher a aplicação da lei de arbitragem desse lugar³⁸⁵.

O elemento de conexão utilizado pela al. d) é o lugar da arbitragem. Ora, devemos interpretar sistematicamente este elemento, harmonizando-o com a delimitação do âmbito espacial de aplicação da Convenção. Assim, o lugar da arbitragem é o fixado pelas partes e, na sua omissão, pelos árbitros, mesmo que se realize parte do processo num país diferente.

Na al. e), encontramos dois pressupostos autónomos:

- A sentença ainda não se tenha tornado obrigatória para as partes segundo a lei onde a sentença foi proferida;
- A sentença não tenha sido anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país onde a sentença foi proferida ou do país em cuja lei se baseou a sentença.

³⁸⁰ Ibidem.

³⁸¹ Ibidem, p. 1769

³⁸² Ibidem, p. 2769, “*where conflict is unavoidable, it is the parties’ agreed arbitral procedures that prevail over local mandatory law for purposes of Article V(1)(d)*”

³⁸³ Ibidem, p. 1769.

³⁸⁴ Ibidem, p. 2776.

³⁸⁵ Ibidem, p. 1770.

Esta alínea é aqui mencionada devido ao segundo pressuposto. A relevância da anulação efectuada pelo Estado onde foi proferida a sentença ou em cuja lei se baseou a sentença, implica o respeito de regras e princípios imperativos destes ordenamentos. Da análise deste preceito retiramos que estes tribunais têm competência exclusiva para a anulação da sentença arbitral^{386 387}, entendemos criticar a relevância dada ao Estado cujas regras processuais sejam aplicadas pela sentença arbitral³⁸⁸.

Poderá, ainda assim, uma sentença anulada ou suspensa no país em que a sentença foi proferida ou no país em cuja lei se baseou a sentença ser reconhecida e executada?

O Estado de reconhecimento pode reconhecer e executar decisões impugnadas no Estado onde foram proferidas se o direito interno o permitir (art. VII/1 da Convenção)³⁸⁹. Os tribunais só podem reconhecer com este fundamento se a parte invocar o direito interno. Todavia, se o regime da Convenção de Nova Iorque vigorar na ordem jurídica do tribunal de reconhecimento sem modificações, dificilmente o direito interno será mais permissivo que o direito do lugar onde a sentença foi proferida. Nada obriga os tribunais de reconhecimento a não reconhecer uma decisão anulada³⁹⁰.

BORN menciona decisões de tribunais dos EUA³⁹¹, França³⁹², Bélgica e Áustria³⁹³ que têm reconhecido decisões arbitrais anuladas pelos tribunais do lugar da arbitragem. Veja-se também o art. IX(1) da Convenção Europeia que tem um preceito específico em que afirma que a sentença anulada só poderá não ser reconhecida se a anulação tiver sido feita pelo tribunal onde a sentença foi proferida e o fundamento dessa anulação for semelhante aos previstos no diploma. Temos ainda o exemplo do

³⁸⁶ V. *supra* p. 28.

³⁸⁷ No mesmo sentido, *ibidem*, p. 2676, referindo jurisprudência dos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Espanha, Alemanha, França, Hong Kong, África de Sul, Áustria e Colômbia que vão neste sentido, ver pp. 2406 e 2407 e nn. 401-412. Na doutrina portuguesa, COSTA E SILVA [1992: 912, n. 53] e PIMENTA COELHO [1997: 60, n. 108]. Em sentido contrário LIMA PINHEIRO [2005b: 304-305].

³⁸⁸ BORN [2009: 2409-2410] chega a chama-la de “*unfortunate*” e de rara verificação.

³⁸⁹ É o que tem acontecido com os tribunais franceses e alguns tribunais estadunidenses.

³⁹⁰ BORN [2009: 2677].

³⁹¹ *Idem* pp. 2681 e ss.

³⁹² *Ibidem*. pp. 2677 e ss, v. Cour de Cassation, Société Hilmarton c/société OTV (23-03-1994), Rev. Arb., 1994, pp. 327 e ss.

³⁹³ Para estes dois países *ibidem*, pp. 2680 e ss.

caso já referido do *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907, em que o tribunal reconheceu a sentença arbitral apesar de ter sido anulada, pois “*under the [NY] Convention, CAS [Chromalloy Aeroservices] maintains all rights to the enforcement of this arbitral Award that it would have in the absence of the Convention. Accordingly, the Court finds that, if the Convention did not exist, the Federal Arbitration Act (...) would provide CAS with a legitimate claim to enforcement of this arbitral award*”, ou seja, o tribunal considerou que o art. V, 1 não era de obrigatória aplicação e aplicou o art. VII.

Por último, este fundamento é de criticar se não for interpretado restritivamente, pois caso contrário permitirá introduzir fundamentos de impugnação idiossincráticos e ligados a elementos locais³⁹⁴. Aliás, tem-se considerado a necessidade de dar prioridade a uma revisão da Convenção de Nova Iorque quanto a esta questão³⁹⁵.

Um dos fundamentos mais importantes é a violação da ordem pública internacional do Estado de reconhecimento, previsto na *al. b) do n.º 2 do art. V*. Entendemos que este fundamento é o mais importante, pois sendo duvidoso que se possa enquadrar como violação do processo arbitral (art. V, n.º1, al. d))³⁹⁶ a violação das normas de conflitos, a ordem pública é sempre um limite à decisão de mérito da causa. Aliás, a autonomia das partes tem sempre como limite a ordem pública internacional do Estado em que se requer o reconhecimento³⁹⁷. Estamos perante a reserva de ordem pública, seguindo um critério aposteriorístico e negativo,

³⁹⁴ Neste sentido PIMENTA COELHO [1996: 61], ver também n. 112. A favor deste preceito temos PETROCHILLOS, citado por BORN [2009: 1260, n. 137]: “*Article V (1)(e) means that international law fully recognizes that the state of the seat of an arbitration has a suficiente and appropriate title to control that arbitration*”.

³⁹⁵ Em sentido contrário v. VAN DEN BERG [2001: 132]. Neste sentido v. Un doc. A/54/17 p. 45 e Un doc. a/cn.9/460, pp. 31 e ss, no seio das discussões sobre uma possível revisão pela Comissão criada para este fim, v. VAN DEN BERG [2001: 125-128].

³⁹⁶ Nem sequer se pode dizer que a violação de normas de conflitos pode constituir violação da Ordem Pública; veja-se a decisão da House of Lords no caso *Deutsche Schachtbau v. R’as Al Khaimah National Oil Co.* (1987): “*The swiss arbitrators’ choice for the proper law of the arbitration, being a common denominator of principles underlying the law of contract of various nations, was within the scope of the decision left to them by the parties, their award could not be regarded as unenforceable on the ground of public policy*”.

³⁹⁷ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 287].

Este preceito, denominado como “válvula de escape” (*escape device*), baseia-se na ordem pública do Estado em que se requer reconhecimento³⁹⁸, ou seja, na ordem pública nacional (“*of that country*”): é o que diz a letra do preceito³⁹⁹. Consideramos que esta interpretação é correcta, pois acreditamos que um país que reconheça e execute uma decisão deve acautelar os princípios básicos do seu ordenamento. Defende, porém, BORN que seria aconselhável que a ordem pública a ser aplicada fosse internacional⁴⁰⁰, de forma a defender vectores internacionais, e não uma ordem pública nacional⁴⁰¹. Afirma ainda que os Estados não devem utilizar este mecanismo para introduzir vicissitudes locais, pondo em causa a autonomia das partes⁴⁰² e a uniformidade internacional para a qual tende a Convenção, tem fundamenta no facto de estarmos no âmbito do Comércio Internacional, onde o princípio da autonomia privada tem um valor axiomático forte e a própria Convenção de Nova Iorque tem como objectivo facilitar e promover a eficácia das Sentenças Arbitrais internacionais^{403 404}. Porém, perante a letra da lei e *ratio* do art. V(2)(b), diz que esta interpretação é de difícil defesa⁴⁰⁵. Defende, em suma, que perante este preceito “*only those national public policies which mandatorily demand application to international matters, taking into account the potential absence of any direct connection to the judicial recognition forum, constitute public policy*”⁴⁰⁶.

³⁹⁸ BORN [2009: 1767 e 2828].

³⁹⁹ Mesmo perante a letra do preceito e das legislações nacionais disporem no mesmo sentido, os tribunais tendem a interpretar o art. V(2), (b) numa visão supranacional e limitar idiosincrasias nacionais. V. BORN [2009: 2835] e extensa jurisprudência citada na n. 638. Ver doutrina que também vai neste sentido citada na p. 2836.

⁴⁰⁰ Ordem pública internacional pode ser entendida em três sentidos: normas substantivas provenientes de fontes internacionais; ordem pública nacional mas somente se forem consideradas como princípios vitais internacionais reconhecidos em várias nações; por último, princípios que o ordenamento em que se requer reconhecimento pretende dar um âmbito internacional. V. BORN [2009: 2836-2837].

⁴⁰¹ *Idem* p. 1767

⁴⁰² *Ibidem* p. 1768.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ Afirma BORN [2009: 2833]: “*it has been a consistent theme of recognition decision under Article V(2)(b) to interpret national public policies in a manner that is consistente, insofar as possible, with the objectives of the Convention and the public policies and interests of other Contracting States*”.

⁴⁰⁵ *Ibidem* p. 2837.

⁴⁰⁶ *Ibidem* p. 2838.

A posição de BORN é de aplaudir. Todavia, entendemos que estes argumentos servem para justificar uma interpretação limitada desta válvula de escape, mas não defendemos uma uniformidade internacional deste fundamento, porque o que se pretende exactamente com ele é controlar a execução de sentenças arbitrais que possam pôr em causa princípios e normas fundamentais do ordenamento em que se requer conhecimento.

Quanto à execução em si da decisão arbitral reconhecida ao abrigo da Convenção de Nova Iorque, seguem-se as regras vigentes no direito processual interno do Estado que reconheceu a sentença, sem prejuízo das regras nos arts. III a V da Convenção. Porém, no que toca aos fundamentos de oposição à execução, em princípio não são admitidos fundamentos mais exigentes que os que estão previstos na Convenção de Nova Iorque.

Existem outras Convenções importantes mas cuja aplicação é mais limitada. Em primeiro lugar a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961⁴⁰⁷.

Esta Convenção contém duas especificidades, a primeira deve-se ao facto de nos seus fundamentos haver uma limitação à aplicação da al. e) do art. V da Convenção de Nova Iorque⁴⁰⁸, prevendo o n.º 2 do art. IX que: “*In relations between Contracting States that are also parties to the New York Convention [...], paragraph 1 of this Article [exactamente os mesmos fundamentos previstos nas als. a) a d) do n.º 1 do art. V da Convenção de Nova Iorque] limits the application of Article V (1) (e) of the New York Convention solely to the cases of setting aside set out under paragraph 1 above*”.

O n.º 2 do art. IX da Convenção Europeia merece o nosso aplauso, pois é um avanço face à Convenção de Nova Iorque: ao limitar a aplicação da al. e) do n.º 1 do

⁴⁰⁷ São partes desta Convenção 31 Estados: Albânia, Áustria, Azerbaijão, Belarus, Bélgica, Bósnia Herzegovina, Bulgária, Croácia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Hungria, Itália, Cazaquistão, Letónia, Luxemburgo, Montenegro, Polónia, Moldávia, Roménia, Rússia, Servia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Macedónia, Turquia e Ucrânia.

Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en

⁴⁰⁸ V. REDFERN/HUNTER [1986: 322].

art. V aos fundamentos previstos no n.º 1 do art. IX, está a afirmar que só serão atendíveis aqueles fundamentos e não outros⁴⁰⁹.

A segunda especificidade centra-se na ausência do fundamento de contrariedade à ordem pública, o que se deve ao objectivo de uniformizar os fundamentos de anulação, não permitindo a relevância de vicissitudes locais⁴¹⁰. Neste aspecto já não estamos de acordo, pois entendemos que os Estados em que se requer o reconhecimento têm a legitimidade de defender a sua ordem pública, entendida restritivamente como salvaguarda dos seus princípios fundamentais.

Em segundo lugar temos a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975⁴¹¹. No seu art. 4.º estabelece-se que as sentenças ou laudos arbitrais que não tenham sido impugnados terão a mesma força que uma sentença judicial definitiva, sendo executados ou reconhecidos segundo as regras processuais vigentes no País onde se pretender executar a dita sentença, salvo o disposto no art. 5.º da mesma Convenção.

Esta convenção só se aplica se as decisões estrangeiras provierem de outros Estados contratantes, não existe uma cláusula de reciprocidade como a da Convenção de Nova Iorque por se considerar que esta é supérflua⁴¹². Todos os Estados contratantes são parte da Convenção de Nova Iorque, mas para a Argentina, Equador e El Salvador a Convenção ainda não começou a produzir efeito⁴¹³.

Os fundamentos do art. 5.º são muito parecidos com os da Convenção de Nova Iorque⁴¹⁴, pelo que não será necessário dedicar alguma análise aos fundamentos,

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 351 afirma que o n.º 2 do art. IX da Convenção Europeia: “*means that an award which has been set aside in its state of origin, for a reason recognised as valid by that state (for instance, mistake of law) may still qualify for recognition and enforcement, because mistake of law is not recognised by the Convention as a valid ground for setting aside an award.*”. V. BORN [2009: 2677] “*Under article IX (1) of the European Convention, a judicial decision setting aside an award will not be a basis for denying recognition if that decision rests on grounds such as a substantive review of the merits of the tribunal’s decision or local public policy.*”

⁴¹⁰ V. BORN [2009: 2830].

⁴¹¹ Foi ratificada pela maior parte dos Estados latino-americanos, Estados Unidos de América (Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos) e Portugal, num total de 19 Estados. Ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

⁴¹² Mesmo sentido LIMA PINHEIRO [2005b: 290].

⁴¹³ V. <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>

⁴¹⁴ Neste sentido DIAS OLIVEIRA [2012: 74, n. 6].

defendendo LIMA PINHEIRO⁴¹⁵ que, como a Convenção Interamericana se inspirou na Convenção de Nova Iorque, deve favorecer-se uma interpretação uniforme.

A Lei-Modelo da CNUDCI, apesar de não vinculativa, tem influenciado as legislações de vários Estados, prevendo regras específicas no que diz respeito ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais “estrangeiras”.

Após o estudo das Convenções atrás analisadas devemos apresentar solução quanto ao conflito entre as Convenções. Temos três vectores de resolução:

- O Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Genebra de 1927 deixam de produzir efeitos perante as partes da Convenção de Nova Iorque (art. VII, 2);
- A Convenção de Nova Iorque prevê uma cláusula de regime mais favorável no art. VII, 1, em que esta cede perante a invocação de qualquer Tratado ou Direito interno em vigor no Estado requerido que permita o reconhecimento da decisão;
- Nos restantes casos aplica-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969⁴¹⁶.

Assume relevo o facto de uma sentença anulada no lugar da arbitragem com base em qualquer fundamento diferente dos previstos nas als. a) a d) da Convenção de Nova Iorque, poder ser reconhecida nos Estados partes da Convenção Europeia (Art. VII, 1 da Convenção de Nova Iorque e art. IX da Convenção Europeia).

1.2.2.3. Oposição à execução.

A possibilidade de executar uma decisão arbitral num determinado país depende da forma como este a encara. Existem três possibilidades: é necessário um procedimento de concessão de *exequatur* das decisões arbitrais nacionais; as decisões arbitrais

⁴¹⁵ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 291].

⁴¹⁶ Neste sentido ver BARROCAS [2010: 708 e ss].

nacionais são equiparadas às sentenças estaduais; as decisões arbitrais estrangeiras devem, em primeiro lugar, ser reconhecidas.

São exemplo de legislações que contemplam a primeira possibilidade o Direito francês e o alemão nos §1055.º, §1060.º e §1061.º do ZPO. Já no caso da lei italiana, a declaração de executoriedade pressupõe uma mera regularidade formal da decisão.

São exemplos da segunda a portuguesa⁴¹⁷; brasileira (ver art. 18.º e 31.º da Lei de Arbitragem e 584.º do CPC); a Lei-Modelo (art. 35.º) e art. 4.º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional. Já na Suíça, não é necessário requerer o *exequatur* (art. 387.º do CPC suíço)⁴¹⁸.

O terceiro caso, é o previsto pela Convenção de Nova Iorque que, como vimos, foi ratificada por 148 Estados. São competentes para o controlo estadual por via da oposição à execução os tribunais do Estado em que se pretenda a realização dos actos materiais de execução⁴¹⁹.

Devemos ter em conta que no caso de sentenças arbitrais estrangeiras reconhecidas no âmbito da Convenção de Nova Iorque, ao aplicar-se as regras processuais internas (art. III primeira parte), os fundamentos de oposição à execução não podem ser mais rigorosos que os fundamentos de reconhecimento previstos no art. V (art. III segunda parte).

Quanto aos fundamentos de oposição à execução, a Lei Modelo equipara-os aos fundamentos de anulação previstos no art. 36.º, sendo que o controlo da ordem pública é oficioso (cfr. art. 36.º, 1, al. b)).

No ordenamento português, a sentença arbitral tem a mesma força executiva que tem uma sentença do tribunal de primeira instância⁴²⁰, logo vale como título executivo (ver art. 705.º, 2 do CPC e art. 47.º da LAV). Só constitui, porém, título executivo depois de ter transitado em julgado (art. 704.º, 1 do CPC).

Temos como fundamentos de oposição à execução de sentença arbitral os previstos no art. 705.º da LAV e o art. 729.º do CPC (por força da remissão feita pelo n.º 4 do

⁴¹⁷ V. o estudo interessante de COSTA E SILVA [2007: 629 e ss.]

⁴¹⁸ O novo CPC suíço entrou em vigor no dia 01-01-2012, consagrando no preceito citado o seguinte: "Dès qu'elle a été communiquée, la sentence déploie les mêmes effets qu'une décision judiciaire entrée en force et exécutoire."

⁴¹⁹ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 368].

⁴²⁰ V. MOURA VICENTE [2011: 742].

art. 48.º da Nova LAV e do art. 730.º do CPC). Os primeiros remetem para o art. 46.º. A razão de ser desta remissão para os fundamentos de acção de anulação prende-se com a necessidade de assegurar que a decisão arbitral não possa ser executada sem nenhum controlo judicial, pelo que não pode ser invocada no caso de uma decisão arbitral estrangeira ter sido confirmada ou já ter havido uma acção de anulação. Esta solução baseia-se na *ratio* do preceito⁴²¹.

1.2.3 Posição adoptada

Pelo que atrás foi exposto no que diz respeito ao controlo estadual, entendemos que as quatro posições não podem proceder. A primeira posição não procede porque não toma em consideração o controlo que pode exercer o país de execução por via do reconhecimento ou de oposição à execução. Já a segunda posição deve frisar que o país da sede da arbitragem é quem tem maior influência no controlo da arbitragem, pois, tanto por via da anulação, recusa de reconhecimento e oposição à execução, a sede da arbitragem é muito relevante. A terceira e quarta posição, são totalmente improcedentes; no caso da terceira, de que vale uma arbitragem que respeita a vontade das partes, mas é anulada, ou seja, a autonomia da vontade não vale por si mesma, precisa de um Estado para obter eficácia; a última posição, é irrealista, as arbitragens não assentam numa ordem transnacional, mas sim dos diferentes Estados que outorguem à arbitragem alguma eficácia nos seus territórios.

O que se pretende aqui é determinar o direito aplicável ao mérito da causa. Entendemos que os árbitros devem atender a dois princípios fundamentais que consubstanciam o interesse legítimo das partes⁴²²: a autonomia das partes e a eficácia da decisão arbitral.

O primeiro é de fácil justificação, é o princípio comum a todos os ordenamentos jurídicos que leva à liberdade na escolha da lei a aplicar ao processo arbitral (*lex*

⁴²¹ Neste sentido mas por razões diferentes PIMENTA COELHO [1996: 66].

⁴²² LIMA PINHEIRO [2005b: 535 e ss (624-625)] defende que os árbitros devem fazer uma ponderação entre os interesses legítimos das partes, interesses dos Estados em presença, as finalidades da sociedade mundial e os valores da ordem pública transnacional. Não podemos concordar com esta posição. Os árbitros não são defensores de uma sociedade mundial – que até a sua existência é muito discutível – nem de uma ordem pública transnacional totalmente indeterminável, nem de um determinado Estado.

arbitrii) e na escolha do direito a regular o litígio (*professio iuris*). É o princípio basilar da arbitragem.

O segundo assenta na razão de ser da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. Com a arbitragem, o que as partes pretendem, sempre, é obter uma sentença eficaz⁴²³, com o mesmo valor que uma sentença judicial. Caso assim não fosse, teriam recorrido a outros meios de resolução alternativos de litígios, menos complexos e menos dispendiosos. Aliás, obter uma sentença eficaz decidida por um terceiro é também o elemento distintivo da arbitragem face à mediação e conciliação⁴²⁴.

O próprio Regulamento de Arbitragem CCI 2012 no seu art. 41.º, estabelece como regra geral que “[e]m todos os casos não expressamente previstos no Regulamento, a Corte e o tribunal arbitral deverão proceder em conformidade com o espírito do Regulamento, fazendo o possível para assegurar que a sentença arbitral seja executável perante a lei”.

⁴²³ V. no mesmo sentido SCHWARTZ [2011: 569]: “[n]o one would disagree with the proposition that one of the 'fundamental objectives of international arbitration is to provide a final, binding resolution of the parties' dispute” e v. também BORN [2009: 2880].

⁴²⁴ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 619, n. 1756 e pp. 73 e ss.], FOUCHARD [1965: 330 e ss], no mesmo sentido v. BOTELHO DA SILVA [2004: 20-24 (20-21)]: “[d]o ponto de vista das consequências do processo e sentença arbitral, não é indiferente a violação de normas de natureza material ou processual cujo cumprimento o ordenamento K imponha como condição de reconhecimento ou, por outro lado, a violação de exigências similares do ordenamento português [Estado da Sede]. O não cumprimento de normas materiais ou processuais impostas pelo ordenamento K como condição de reconhecimento implica o desprovemento da arbitragem de qualquer utilidade. O não cumprimento de exigências similares do ordenamento português, que não coincidam com as do sistema K, é absolutamente inconsequente. Significa isto que, de um ponto de vista pragmático, interessará ao tribunal arbitral a aplicação de um regime que não prejudique a aceitação da sentença no espaço onde, afinal, se localizam integralmente os interesses de reconhecimento”. Veja-se ainda o mesmo autor que diz “[a] operacionalidade e o próprio conceito de arbitragem voluntária, o seu traço distintivo, depende do reconhecimento de efeitos só logrável através de Direito de fonte estatal. Decai, pois, tanto o territorialismo como a deslocalização e o autonomismo, estes últimos pelo menos nas versões algo acriticamente absolutistas que surgem na doutrina e jurisprudência arbitrais”, ob. cit., p. 24 e “[o] método de obtenção usual dos termos da marcha processual é a deliberação do próprio tribunal arbitral. Este, ao decidir nesse objecto, nortear-se-á pelo interesse de defender a efectividade da sua decisão nos espaços em que existam interesses de reconhecimento e execução e engendrará a marcha processual no respeito dos princípios imperativos nesses ordenamentos, cuja violação possa constituir obstáculo ao reconhecimento e execução da decisão arbitral sobre a substância”, ob cit. p. 30.

A decisão da CCI n.º 10623 chegou mesmo a afirmar no n.º 140 que “[a] *generally accepted principle of international arbitration, reflected in Article 35 of the ICC Rules* [da versão de 1998 do Regulamento da CCI], *compels the Arbitral Tribunal to make every effort to ensure that any award it renders is enforceable at law.*”⁴²⁵.

O art. 32.º, 2 do LCIA consagra o seguinte: “[i]n *all matters not expressly provided for in these Rules, the LCIA Court, the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that an award is legally enforceable*”

Segue-se agora a metodologia que cremos que os árbitros devem seguir:

1.º Os árbitros devem atender às normas de conflitos presentes na Lei da Arbitragem do Estado da sede da arbitragem (seja entendida num sentido convencional ou fáctico)⁴²⁶, sempre e quando:

- ***a violação desta norma constituir fundamento de impugnação;***
- ***esta impugnação relevar para efeitos de execução de sentença.***

A primeira hipótese prende-se com os ordenamentos que contêm como fundamento de impugnação autónomo a violação das normas de conflitos presentes na sua lei de arbitragem⁴²⁷. Todavia, também temos em conta aqueles ordenamentos cujas leis de arbitragem contêm o fundamento de impugnação de violação do processo arbitral das normas imperativas da lei e este seja interpretado como abrangendo as normas de conflitos⁴²⁸. No que diz respeito ao Direito de Conflitos Geral só terá

⁴²⁵ In http://italaw.com/documents/Salini_v._Ethiopia_Award.pdf

⁴²⁶ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 31] “[a]o negar-se que os tribunais da arbitragem transnacional tenham uma *lex fori* que, à partida determine o seu estatuto, não se questiona a susceptibilidade de enquadramento desta arbitragem por parte dos sistemas nacionais individualmente considerados. A arbitragem transnacional está sujeita às competências de regulação e controlo dos Estados que apresentam determinadas conexões com a arbitragem. Dentro dos limites impostos pelo Direito Internacional Público, a ordem jurídica portuguesa é livre de enquadrar a arbitragem que se desenvolve com uma conexão importante com o nosso país, mas não reclama uma pretensão de 'competência exclusiva' relativamente a esta arbitragem”.

⁴²⁷ Dos sistemas consultados não encontramos nenhum, mas não podemos retirar de aí que não exista um país que não o contenha.

⁴²⁸ V. *supra*, p. 38-41.

importância para o árbitro no caso de ausência de normas de conflitos especiais, e a violação destas constituir fundamento de impugnação da sentença⁴²⁹. Também temos aqui presente os fundamentos de impugnação como a sentença que é substancialmente errada no que toca à questão de mérito ou o tribunal arbitral decidiu sem se conformar com a missão que lhe tenha sido confiada, nos exactos termos e limites que se explicou *supra*⁴³⁰.

Também não nos podemos esquecer de que, para efeitos de reconhecimento e execução de sentença, a Convenção de Nova Iorque permite aos Estados aos quais foi requerida a execução, em caso de ausência de acordo, se recusarem a reconhecer uma sentença arbitral que viole as normas imperativas da lei de arbitragem do país da sede (art. V, n.º1, al. d)).

A segunda hipótese prende-se com os casos em que o Estado da sede da arbitragem não coincida com o Estado ao qual se vai requerer a execução, e as normas de reconhecimento e execução deste último permitam a recusa de reconhecimento nos casos das sentenças terem sido anuladas no país de origem⁴³¹.

Vejamos o seguinte exemplo: a sede da arbitragem é Portugal e as partes têm a sua sede estatutária em Itália. No que diz respeito ao mérito da causa, nada foi estabelecido no contrato. Os árbitros pretendem decidir o litígio com base na *lex mercatoria*, devendo considerar o seguinte:

- O art. 52.º, 2 da Lei de Arbitragem portuguesa consagra a seguinte norma de conflitos: “[n]a falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o **direito do Estado** com o qual o objecto do litígio apresenta uma conexão mais estreita”.
- No que diz respeito à impugnação de sentença, com base no art. 46.º, 3, al. a) subal. iv) a sentença arbitral pode ser anulada se: “o processo arbitral (...) [não foi conforme] com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio”;
- O facto de a Itália fazer parte da Convenção de Nova Iorque e da Convenção Europeia de Arbitragem Comercial.

⁴²⁹ V. LIMA PINHEIRO [1998: 415].

⁴³⁰ V. pp. 46 e ss.

⁴³¹ V. *supra* 61 e ss.

- A Convenção de Nova Iorque permitir que não se reconheça a sentença que, na ausência de acordo das partes, não esteja em conformidade com a lei do país da sede da arbitragem (art. V, n.º 1, al. d)) e também nos casos em que a sentença tenha sido anulada no país onde tenha sido proferida (art. V, n.º 1, al. e)).
- A Convenção Europeia não dá relevância às normas previstas no país da sede da arbitragem (cfr. art. IX, 1, al. d));
- O art. VII, 1 da Convenção de Nova Iorque permite às partes interessadas invocar as leis ou tratados no país de reconhecimento, se o regime lhes for mais favorável.
- E que o art. IX, n.º 2 restringe a aplicação do art. V, 1, al. e) da Convenção de Nova Iorque.

Atendendo aos pontos referidos, os árbitros devem concluir, caso decidam com base na *lex mercatoria*, que as partes podem impugnar a sentença em Portugal se se seguir o entendimento que a desconformidade do processo arbitral referido no art. 46.º, 3, al. a), sub. iv) abrange a norma de conflitos prevista no art. 52.º, 2 da LAV, pois refere-se ao **direito de um Estado**. Podem, também, concluir que, com grande probabilidade, o que as partes pretendem é executar a sentença arbitral em Itália, pois, tendo a sede estatutária em Itália, é lá que se encontram os bens. Neste caso, em sede de reconhecimento, a lei de arbitragem portuguesa não tem qualquer relevância para o processo arbitral (art. IX, 1 al. d) da Convenção Europeia), pelo que, mesmo que seja anulada, pode ser executada em Itália (art. IX, 2), pois, como vimos no âmbito de conflitos entre a Convenção de Nova Iorque e a Convenção Europeia, esta última prevalece por ser mais favorável (v. supra p. ?).

Com esta hipótese demonstramos o porquê da ressalva que se introduziu, pois mostrámos um caso em que a impugnação de sentença não foi relevante para efeitos da sua execução. A sentença produziu os seus efeitos sem que os árbitros tenham tido em conta a norma de conflitos do país da sede da arbitragem.

No caso de as partes terem estipulado sobre o direito a aplicar ao mérito da causa, devem os árbitros respeitar essas estipulações, mesmo que possam dar lugar à ineficácia da sentença arbitral?⁴³² Vejamos o seguinte exemplo: num determinado contrato as partes estipularam que os litígios referentes ao mesmo devem ser

⁴³² Sobre esta questão o estudo muito interessante de PERRET [2011: 491-497].

resolvidos com base na *lex mercatoria*. O país sede da arbitragem é o Estado *x*, e as partes têm domicílio no Reino Unido.

- A lei de arbitragem do Estado *x* é idêntica à portuguesa, só que o seu art. 52.º, 1 estabelece que as partes podem designar o *direito de um Estado* a aplicar pelos árbitros;
- O art. 46.º, 3, al. a), subal. iv) permite a anulação quando se violem as normas imperativas presentes na Lei de Arbitragem;
- O Reino Unido é um dos Estados Contratantes da Convenção de Nova Iorque;
- O art. V, 1, al. d) consagra a recusa de reconhecimento da sentença no caso do processo de arbitragem não estar em conformidade com a convenção da partes, ou na falta desta, com a lei do país onde teve lugar a arbitragem;
- O art. V, 1, al. e) permite a recusa de reconhecimento de sentença que tenha sido anulada pelo país onde a sentença foi proferida.

Ora, se o árbitro respeitar o estipulado pelas partes, pode presumir que com grande probabilidade, a sentença vai ser anulada no Estado *x*, pois a designação da *lex mercatoria* viola a norma prevista no seu art. 52.º,1 e isto é relevante para efeitos de execução, pois sendo a sentença anulada o Reino Unido pode não reconhecer a Sentença com base na al. e) do n.º 1 do art. V da Convenção de Nova Iorque.

Deve então o árbitro respeitar a vontade das partes ou atender à eficácia da decisão arbitral?⁴³³

Numa vertente filosófica, se se considerar que a arbitragem tem uma natureza contratual, a resposta será no sentido de respeitar a vontade directa das partes. Numa perspectiva jurisdicional, o árbitro deve atender às normas imperativas do Estado sede da Arbitragem.

Numa perspectiva pragmática, o árbitro deverá ter em conta a sua eventual responsabilidade^{434 435}. No caso desta ser contratual, consideramos que o árbitro deve

⁴³³ Afirma REDFERN/HUNTER [2004: 418]: “*if there is an agreement between the parties as to the (...) procedure to be followed (...), this agreement may be safely disregarded if it is in conflict with a mandatory provision of the law of the place of arbitration*”.

⁴³⁴ Em sentido contrário LIMA PINHEIRO [2005b: 536]: “[o] *interesse dos árbitros só subsidiariamente poderá ser tido em conta, quando se verifique um risco efectivo de os árbitros serem*

alertar as partes para a violação da norma de conflitos da lei da arbitragem e, como consequência, a ineficácia da decisão final. Alertadas as partes, o árbitro poderá propor uma alternativa que aquelas aceitarão ou não. No caso de manterem a sua vontade e se, no final, pretenderem impugnar a decisão com fundamento naquela violação – com a qual “concordaram” -, poderá essa impugnação ser-lhes negada com fundamento em abuso de direito e o árbitro não deverá ser responsabilizado porque, ao fazer o aviso às partes, afastou essa responsabilidade ao não lhe ser imputável a causa da impugnação.

Já no caso da sua responsabilidade poder ser considerada como erro judiciário, deve o árbitro questionar-se se a violação daquela norma de conflitos com fundamento no respeito da vontade das partes constitui um erro judiciário (cfr. art. 9.º, 4 da LAV e art. 13.º da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro).

2.º Em segundo lugar, os árbitros devem ter em conta a ordem pública internacional do Estado sede da arbitragem e dos Estados onde possivelmente a sentença careça de ser executada^{436 437}. Todos estes Estados têm directrizes

sujeitos a sanções pelo não acatamento de directrizes estaduais”. Não podemos estar de acordo com esta posição por duas ordens de razão: 1.º ninguém pode ser obrigado a actuar se dessa actuação resultar um prejuízo patrimonial; 2.º se o árbitro for objecto de sanções é porque uma determinada norma consagra um desvalor jurídico à sua actuação, logo, o árbitro deve pautar o seu comportamento por essa norma.

⁴³⁵ Sobre o tema da responsabilidade dos árbitros e natureza da relação entre este e as partes, v. BARROCAS [2010:]; FRANCK [2000: 1 e ss] e MULLERAT [2006: 1 e ss.] e RUTLEDGE [2004: 151 e ss.].

⁴³⁶ Afirma LIMA PINHEIRO [2005b: 537] que “*é frequente que não se possa prever o Estado em que a decisão virá, em caso de necessidade, a ser executada*”. Não podemos concordar com esta afirmação, pois existem vários critérios que permitem, com alguma probabilidade, saber quais serão esses ordenamentos. No caso de execução para pagamento de quantia certa, temos os Estados do domicílio/sede da parte perdedora, no caso de prestação de facto, o país onde esse facto tenha que ser prestado. V. também PAULSSON [2011: 476-481 e 488-489]; KOHLER/RIGOZZI [2010: 422-427] e GIRSBERGER/VOSER [2008:267].

⁴³⁷ Em sentido contrário ver VAN DEN BERG [1982: 48]: “In my opinion, the duty of an international arbitrator to render an enforceable award does not - or rather cannot - include such obligation [dever do árbitro aplicar as *public policy* dos países que previsivelmente as partes irão requer a execução] because it will be difficult to determine in which country of the losing party. That party may well have assets out of which the award can be satisfied in several other countries”.

imperativas que consubstanciam a sua ordem pública internacional e estas devem ser aplicadas caso ponham em causa a eficácia da sentença⁴³⁸.

O que fazer quando houver directrizes contraditórias dos vários Estados que possam consubstanciar a ordem pública internacional? Qual é o critério de decisão?

Consideramos que os árbitros devem atender em primeira linha à vontade das partes na determinação das regras processuais e substantivas, caso este respeito não leve à sua própria responsabilização. Esta resposta pragmática deve-se ao facto de entendermos que os árbitros devem respeitar simplesmente o interesse das partes e não o interesse do Estado sede da arbitragem, de uma suposta sociedade mundial ou mesmo de uma ordem pública transnacional⁴³⁹.

Caso a vontade das partes seja omissa, o árbitro deve atender à melhor forma de conseguir, com maior probabilidade, a eficácia da sentença arbitral e fazer o seu próprio juízo jurídico sobre as diferentes directrizes. Deve, contudo, aplicar sempre pelo menos uma directriz estadual para que essa sentença seja eficaz, pelo menos, num determinado ordenamento.

Entendemos que os árbitros não são defensores de interesses estaduais ou de uma ordem pública internacional⁴⁴⁰, devem seguir a sua **próprias** concepção de justiça, aplicando as directrizes estaduais que permitam que a decisão seja eficaz pelo menos num Estado.

3.º Equidade⁴⁴¹ e *amiable compositeur*⁴⁴².

Quase todas as leis de arbitragem permitem a decisão com base na equidade e actuação dos árbitros como *amiable compositeur*. Não nos debruçaremos sobre este assunto porque não faz parte do objecto de estudo desta tese, todavia, será relevante

⁴³⁸ Neste sentido RECHSTEINER [2001: 94 e ss].

⁴³⁹ Em sentido contrário v. LIMA PINHEIRO [2005b: 535 e ss. (624-625)].

⁴⁴⁰ Em sentido contrário, LIMA PINHEIRO afirma que “o método para a determinação das directrizes relevantes é o da ponderação dos interesses legítimos e razoáveis dos Estados, das finalidades da sociedade mundial e dos valores da ordem pública transnacional”, *ob. cit.*, p. 536; afirma ainda que “[o] interesse dos árbitros só subsidiariamente poderá ser tido em conta, quando se verifique um risco efectivo de os árbitros serem sujeitos a sanções pelo não acatamento de directrizes estaduais” (itálico nosso) e v. ainda p. 537. V. a nossa posição, *supra* p. ? n.?

⁴⁴¹ Para uma análise no Direito português v. MENEZES CORDEIRO [2012: 25 e ss.].

⁴⁴² SAMPAIO CAMELO [2008: 569 e ss.].

saber se um árbitro a que se permitiu decidir com base na equidade pode socorrer-se da *lex mercatoria* (v. *infra*).

4.º Quanto ao Direito Material Especial de fonte interna ou supraestadual, depende da sua existência no conteúdo da *lex causae* ou mesmo pela designação directa pelas partes a estas normas^{443 444}.

5.º Quanto ao Direito autónomo, remetemo-lo para o capítulo seguinte.

6.º Quanto a normas de fonte supraestadual, os árbitros só estão vinculados se estas consubstanciarem a ordem pública internacional de algum dos Estados onde a sentença careça de ser executada ou do Estado da sede da arbitragem, caso implique ineficácia da sentença⁴⁴⁵. No que diz respeito ao Direito da União Europeia, entendemos que este só vincula os árbitros quando possa levar à ineficácia da sentença arbitral, ou seja, quando as normas comunitárias sejam tidas como ordem pública internacional⁴⁴⁶.

⁴⁴³ LIMA PINHEIRO [2005b: 508].

⁴⁴⁴ Cfr. LIMA PINHEIRO [2005b: 507 e ss.].

⁴⁴⁵ V. os casos das Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas em LIMA PINHEIRO [2005b: 572-573].

⁴⁴⁶ V. Eco Swiss (1999) n.º 37: “*It follows that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty.*” E no n.º 39 defende a recusa de reconhecimento com base na Convenção de Nova Iorque. Cfr. LIMA PINHEIRO [2005b: 576 e ss.] e FRANÇA GOUVEIA [2012: 126 e ss.].

Cap. II – Admissibilidade do Direito Autónomo do Comércio Internacional.

2.1 Óptica do Tribunal Estadual Internacionalmente competente.

2.1.1 Princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado:

Na procura do elemento de conexão relevante em sede dos contratos internacionais, as hipóteses são várias: *lex loci contractus*; *lex loci solutionis*, etc. Qual é o centro de gravidade relevante no âmbito contratual?⁴⁴⁷ Aparece assim o princípio da autonomia da vontade^{448 449}, conhecido em Inglaterra por “*proper law*”⁴⁵⁰. Acreditamos, hoje, que dificilmente se pode questionar a justeza da consagração deste princípio no âmbito dos contratos internacionais^{451 452}. Aliás, o princípio da autonomia

⁴⁴⁷ V. MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 12].

⁴⁴⁸ Defende MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 50]. que “[o] princípio da autonomia justifica-se, dum ponto de vista de política legislativa, precisamente com a impossibilidade reconhecida pela lei de propor a conexão óptima para a relação obrigacional. Justifica-se com a crença em que a apreciação individual dos contraentes, melhor do que uma fórmula legal rígida, permitirá encontrar a solução adequada para o conflito surgido, a descoberta do centro de gravidade da relação internacional”. V. SANTOS JUNIOR, [2005: 183], “[t]rata-se então de reconhecer às partes a faculdade de eleger a lei que regule o contrato, a *electio juris*, sendo esta mesma um elemento de conexão a considerar para a determinação da lei aplicável”.

⁴⁴⁹ Este princípio foi elaborado pelo jurista Charles Dumoulin da escola francesa do séc. XVI; v. FERNANDO CARDOSO [1989: 15 n. 3].

⁴⁵⁰ “*The proper law was the system of law that applied in general to a contract: it governed the “freedom-of-contract” aspects of a contract. If the parties agreed on what it was to be, and expressed that agreement in the contract, the law thus chosen was the proper law.*” TREVOR C. HARTLEY [2009: 567].

⁴⁵¹ As teses anti-autonomistas ocorreram no final do séc. XIX e no primeiro quartel do séc. XX, sobretudo centradas na defesa do Direito imperativo e na impossibilidade de converter as partes no legislador. V. sobre estas teses em MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 32 e ss.]; FERNANDO CARDOSO [1989: 18-23]; MOURA VICENTE [1990: 105].

⁴⁵² V. MOURA VICENTE [1990: 104] sustenta que “[p]ode afirmar-se que a autonomia da vontade constitui hoje um princípio de aceitação generalizada no que respeita à determinação do direito substantivo aplicável nas arbitragens relativas à determinação do direito substantivo aplicável nas arbitragens relativas a litígios emergentes de relações comerciais internacionais”; v. também GOTTSCHALK/MICHAELS/RUHL/VON HEIN [2007: 157 e 158] em que afirma que “*party autonomy- - today – is not seriously called into question on either side of the Atlantic*”; v. LANDO

da vontade é um dos poucos elementos comuns entre a *Choice of Law* Americana e o Direito Internacional Privado continental⁴⁵³.

A autonomia da vontade no âmbito de um direito interno é reconhecida em quase todos os ordenamentos jurídicos civilizados, sempre balizada pelo direito imperativo. As partes podem, dentro dos limites da sua liberdade, escolher um direito estrangeiro. Já no âmbito do Direito Internacional Privado, a autonomia da vontade tem duas vertentes, por um lado pode influenciar de forma mediata os elementos de conexão⁴⁵⁴ e por outro, pode a mesma constituir um elemento de conexão que servirá de ponte para a determinação do direito aplicável⁴⁵⁵. No segundo caso, a autonomia da vontade tem que assentar, sempre, numa norma de conflitos⁴⁵⁶, i.e., a norma de conflitos atribui à vontade das partes a “*natureza de um verdadeiro elemento de conexão*”⁴⁵⁷.

O fundamento deste princípio⁴⁵⁸ tem duas índoles: uma negativa e uma positiva. A primeira centra-se em resolver a dificuldade de escolher o elemento de conexão relevante para um contrato internacional, sendo que será melhor dar às partes o poder

[1984: 284], “*the parties’ freedom to choose the law which governs their contract seems to be so widely accepted that it must be said to be a ‘general principle of law recognized by civilized nations’*”; VISCHER [1992: 139], “[a]utonomy of choice of law in contractual matters has become one of the spontaneous uniform solutions in private international law”; FERRER CORREIA [1990: 291] “[a] autonomia da vontade em matéria de contratos é hoje regra de DIP geralmente reconhecida (e não só nos Estados da CEE)”; SCHMITHOFF [1964: 29].

⁴⁵³ GOTTSCHALK... [2007: 153]. “*Both American law and European law follow the principle of party autonomy and, therefore, allow parties to choose the applicable law*”. Na crise conflitual americana, vários são os elementos de conexão postos em causa, mas este princípio tem se mantido e aumentado a sua eficácia, v. EHRENZWEIG [1974: 37].

⁴⁵⁴ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 41]: “*sob certas condições, a pessoa pode mudar de nacionalidade ou de domicílio; a coisa móvel pode ser transportada de um país para o outro; o acto, ser celebrado aqui ou ali*”.

⁴⁵⁵ Diz e bem FERNANDO CARDOSO [1989: 18] “o princípio da autonomia na ordem interna é a faculdade de as partes afastarem uma norma (supletiva) e na ordem internacional a de preterirem (ou arredarem) uma lei.”

⁴⁵⁶ Cfr. MOURA VICENTE [1990: 101 e ss.]: cabe à norma de conflitos determinar os pressupostos, requisitos, forma, limites e objecto possível.

⁴⁵⁷ Neste sentido MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 44].

⁴⁵⁸ Numa análise económica do direito, podemos dizer, ainda, que este princípio apresenta um fundamento económico pois “*individuals are assumed to be rational maximizers of their own welfare and to have idiosyncratic knowledge about their preferences unavailable to anybody else*.” GOTTSCHALK... [2007: 177].

de determinar o direito aplicável. Já a índole positiva apresenta um valor axiomático: “a autonomia da vontade visa sobretudo tutelar o interesse das partes – o qual é justamente o que se encontra fundamentalmente em causa no domínio das obrigações voluntárias – na aplicação da lei que se lhes antolhe como a mais vantajosa para reger a respectiva relação, v.g. porque se trata de uma lei <<neutra>> ou porque a respectiva regulamentação material é especialmente adequada ao negócio em causa”⁴⁵⁹.

A consagração legal deste princípio encontra-se nos Estados Unidos de América no *Restatement (Second)*⁴⁶⁰ §187 e no UCC §1-105⁴⁶¹; no Roma I art. 3.º; no *Proper Law Principle* vigente nos países da *Common Law*⁴⁶² como o Canadá e Austrália⁴⁶³.

A seguinte questão - e a mais importante - será saber se existem limites⁴⁶⁴ ao princípio da autonomia da vontade, e se existirem, quais. Devemos ter em conta que os limites devem ser traçados, necessariamente, pela norma de conflitos em que se funda a autonomia^{465 466}.

1. Tem de apresentar pelo menos um laço com outro ordenamento, ou seja, tem de ter pelo menos um elemento de estraneidade;
2. A lei designada tem de apresentar uma conexão substancial/objectiva com o contrato internacional;
3. Deve ser escolhida uma lei estadual;

⁴⁵⁹ MOURA VICENTE [1990: 109-110].

⁴⁶⁰ Ainda que alguns estados dos Estados Unidos ainda se vinculem ao *Restatement (first)* que é “silencioso” nesta questão.

⁴⁶¹ Em 2001 foi revisto o UCC, passando agora o §1-105 para §1-301, todavia nem todos os Estados dos Estados Unidos adoptaram esta nova revisão. V. GOTTSCHALK... [2007: 155, n. 9].

⁴⁶² No Reino Unido aplicou-se este princípio até à entrada em vigor da Convenção de Roma (1980) e o *Contracts (Applicable Law) Act 1990*. V. COLLIER [2001: 189]. Actualmente vigora o Regulamento Roma I.

⁴⁶³ V. HARTLEY [2009: 570-571].

⁴⁶⁴ Numa análise económica, os limites são criados para resolver falhas de mercado, em concreto as de comportamento oportunístico e assimetria informativa. V. GOTTSCHALK [2007: 177 e ss (182)]. Os limites neste caso são a proibição desta liberdade nos contratos de trabalho, consumidores e de seguros.

⁴⁶⁵ V. MAGALHÃES COLLAÇO [1954: 92].

⁴⁶⁶ V. GOTTSCHALK... [2007: 176] e SCHMITHHOFF [1954: 29 e ss.].

4. Restrições em certos tipos de contratos⁴⁶⁷.

O primeiro limite, previsto tanto nos Estados Unidos como no Roma I, faz sentido, porque apenas numa relação material com elementos de estraneidade deve permitir-se uma cláusula de escolha. Nesta tese temos sempre em vista um contrato internacional, logo, este limite nunca é posto em causa.

Já o segundo limite não é comum a todos os ordenamentos. O *Second Restatement* e o UCC, estabelecem que a lei designada deve ter “*a substantial relationship to the parties or the transaction*”^{468 469}. Porém, os tribunais americanos têm vindo a ser menos rígidos na apreciação deste requisito, aproximando-se do sistema europeu^{470 471}. Quanto ao Roma I, este limite não está consagrado, sendo a liberdade de escolha neste aspecto total⁴⁷².

Este requisito entende-se quando nos centramos somente na índole negativa, havendo dúvida sobre qual o elemento de conexão, deve recorrer-se à vontade das partes, que deverão escolhê-lo de entre os elementos objectivos do contrato⁴⁷³. Porém, no âmbito do comércio internacional as partes podem ter um interesse digno de tutela, escolhendo uma lei que não tenha ligações objectivas com o contrato, até mesmo porque essa lei regula de forma mais adequada um determinado tipo de contrato⁴⁷⁴. Pode defender-se, porém, que esta escolha não pode ser caprichosa, arbitrária ou fraudulenta, recorrendo-se ao instituto da fraude à lei ou da boa fé⁴⁷⁵.

Em terceiro lugar, a escolha tem de incidir numa lei estadual. Iremos indagar da existência deste limite ao tratarmos de seguida sobre a admissibilidade de designação da *lex mercatoria*.

⁴⁶⁷ GOTTSCHALK...[2007: 167 e ss.].

⁴⁶⁸ GOTTSCHALK... [2007: 160].

⁴⁶⁹ No mesmo sentido HILL KAY [2004: 131].

⁴⁷⁰ Neste sentido GOTTSCHALK... [2007: 161-164 (163)].

⁴⁷¹ O novo §1-301 do UCC não contém este requisito, sendo que o mantém se uma parte for consumidor. GOTTSCHALK... [2007: 164].

⁴⁷² HARTLEY [2009: 573] e LIMA PINHEIRO [2009b: 415-416].

⁴⁷³ V. MOURA VICENTE [1990: 122].

⁴⁷⁴ No mesmo sentido, MOURA VICENTE [1990: 122-123].

⁴⁷⁵ MOURA VICENTE [1990: 124, n. 4].

Em quarto lugar, em certos ordenamentos a legislação pode não permitir a escolha da lei a aplicar em determinados contratos, sobretudo naqueles em que uma parte surge como mais fraca, por ex.: contratos com consumidores; contratos de trabalho e contratos de seguros.

Os limites à autonomia da vontade num determinado ordenamento jurídico dependem sempre da norma de conflitos da *lex fori* que a consagra⁴⁷⁶.

Por último, deve indagar-se acerca da lei reguladora da *professio iuris*⁴⁷⁷: duas são as soluções possíveis - a *lex fori* ou a *lex causae*. A primeira posição pode ser defendida no sentido de que a escolha de lei é um acto distinto do contrato principal, subsistindo juridicamente de forma independente ao contrato principal⁴⁷⁸. Primeiro averigua-se da validade da cláusula de escolha à luz do direito da *lex fori*; sendo esta válida, passar-se-á a indagar todas as questões do contrato à luz da *lex causae*.

Já quanto à segunda posição, a *professio iuris* está ligada ao contrato material. Aplicar leis diferentes a estes dois elementos consiste em tratar como diferentes duas realidades iguais⁴⁷⁹. Certa doutrina aplica somente esta posição à questão da perfeição da validade⁴⁸⁰.

Consideramos que só faz sentido que a lei reguladora da *professio iuris* seja a *lex fori*. Cabe ao legislador estabelecer as normas de conflitos e ao aplicador do direito interpretar as normas de conflitos à luz desta lei. Os requisitos, limites e pressupostos da cláusula de escolha têm de ser aferidos pela *lex fori*. Se algum destes falhar, a cláusula não é válida e deve aferir-se o direito material aplicável à luz de requisitos subsidiários. Se fosse a *lex causae* a determinar se essa lei considera a cláusula inválida, o que aconteceria? Ter-se-ia de recorrer à *lex causae* para aferir do critério subsidiário? Ou íamos recorrer à *lex fori* para o critério subsidiário? Mas a nossa refutação não se cinge a um critério lógico. Só faz sentido aferir da liberdade das partes na escolha do direito aplicável à luz da *lex fori*, e não à luz da *lex causae*. Imaginemos um país que tem de decidir sobre um determinado contrato com cláusula de escolha. Esse ordenamento é totalmente adverso à cláusula de escolha; faz sentido que o juiz desse país vá decidir os pressupostos e limites a partir da *lex causae*

⁴⁷⁶ V. FERNANDO CARDOSO [1989: 29].

⁴⁷⁷ V. MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 167].

⁴⁷⁸ V. MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 169].

⁴⁷⁹ MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 180].

⁴⁸⁰ MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 171 e ss.] e MOURA VICENTE [1990: 111].

escolhida pelas partes? Não. É também um critério jurídico. Estamos perante um problema conflitual e não material⁴⁸¹.

2.1.2 A designação da *lex mercatoria* pelas partes:

O princípio da autonomia da vontade em DIP, como vimos anteriormente, é aceite pela maior parte das ordens jurídicas estaduais. O sistema de Direito Internacional Privado estabelece uma cláusula de escolha do direito a aplicar no que diz respeito aos contratos. O que se pretende é saber se é possível que, perante essa norma de conflitos, as partes possam designar a *lex mercatoria*. Devemos chamar ainda a atenção para o facto dos requisitos, limites e pressupostos da cláusula de escolha deverem ser averiguadas segundo a sua *lex fori*.

A *lex mercatoria* nunca poderá ser designada se considerarmos que as normas de conflitos servem para delimitar a competência legislativa estadual. O mesmo se diga se se considerar que o Direito Internacional Privado tem uma função de coordenar as diferentes ordens jurídicas estaduais, pois a *lex mercatoria* não deriva de um Estado.

Pelo contrário, a *lex mercatoria* pode ser designada se a considerarmos como uma ordem jurídica, ou um sistema jurídico autónomo⁴⁸².

A tese que defende que a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica autónoma já se encontrava em RABEL⁴⁸³ e em ALFONSIN⁴⁸⁴, mas o seu grande doutrinador foi GOLDMAN, considerando que estamos perante uma ordem jurídica dos comerciantes⁴⁸⁵. Estes autores, seguindo SANTI ROMANO, partem duma concepção sociológica e institucionalista do Direito^{486 487}, sendo que este, enquanto ordem

⁴⁸¹ No mesmo sentido MOURA VICENTE [1990: 112].

⁴⁸² Cfr. MOURA VICENTE [1990: 151].

⁴⁸³ V. LIMA PINHEIRO [2005b: 383 e n. 1143].

⁴⁸⁴ V. ALFONSÍN [1961: 174 e ss.].

⁴⁸⁵ V. GOLDMAN [1964: 178 e ss.]; [1987: 114 e ss.] e [1993: 248 e ss.], em sentido contrário v. RENÉ DAVID [1982: 484-485].

⁴⁸⁶ V. GAILLARD [2008: 19-20], sobre o conceito de direito v. a obra interessantíssima de HART [2007: 5 e ss.], v. ainda BAPTISTA MACHADO [2011: 31-44].

⁴⁸⁷ Actualmente a doutrina assenta numa concepção do direito retirada de François Ost e Michel van de Kerchove que "[p]our ces philosophes du droit, la validité de la norme, définie comme son aptitude à sortir les effets de droit que ses auteurs entendaient lui attribuer, repose sur trois critères que sont la validité formelle, la validité empirique et la validité axiologique. (...) Ce modèle, inspiré de la théorie

jurídica, não se reduz a um conjunto de normas emanadas por um determinado país, pelo contrário, o direito “*deve ricondursi al concetto di società*”⁴⁸⁸ e deve “*contenere l’idea dell’ordine sociale*”⁴⁸⁹. Em suma “*il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti social, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante*”⁴⁹⁰. Por fim, entende que o ordenamento jurídico é uma instituição⁴⁹¹ e esta é entendida como “*ente o corpo sociale*”⁴⁹² e é também “*un’unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità*”⁴⁹³. Existem, assim, tantas ordens jurídicas, como instituições⁴⁹⁴.

Os autores que defendem a existência de uma sociedade internacional de compradores e vendedores⁴⁹⁵ ou uma comunidade internacional de comerciantes⁴⁹⁶, consideram que existe neste âmbito uma ordem jurídica, composta por operadores económicos, membros de associações empresariais que constituem um grupo social autónomo, regulando as suas relações por normas formadas espontaneamente⁴⁹⁷, normas estas que são normas jurídicas, sendo gerais e abstractas.

tridimensionnelle du droit (...) permet toutes les combinaisons. Une norme légitime mais non effective ni encore légale n'est qu'une valeur susceptible d'inspirer le législateur ou le juge; une norme légale mais sans effectivité ni légitimité est une norme appelée à la désuétude; une norme effective qui n'est ni légale ni légitime peut être celle d'une autorité d'occupation; une norme légitime et effective correspond à la notion traditionnelle de droit naturel et, pour s'en tenir à ces exemples, une norme légale et effective mais non légitime est une norme injuste", in GAILLARD [2008: 26].

⁴⁸⁸ SANTI ROMANO [1945: 21].

⁴⁸⁹ Idem, p. 22.

⁴⁹⁰ Ibidem.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 23.

⁴⁹² Ibidem, p. 29.

⁴⁹³ Ibidem, p. 33.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 85 e ss.

⁴⁹⁵ V. KAHN [1961: 2].

⁴⁹⁶ FOUCHARD [1965: 25]; GOLDMAN [1964: 177 e ss.]; cfr. LIMA PINHEIRO [2005b: 375 e ss.].

⁴⁹⁷ GOLDMAN [1983: 21]; v. KAHN [1961: 35 e ss. (36-37)]: “[n]ous savons que les commerçants sont presque tous groupés en Associations professionnelles qui unissent ceux qui vendent et achètent les mêmes produits. Toutes ces associations sont dirigées par des comités restreints qui parlent au nom de tous les membres du groupement” e “[j]uridiquement elle s’exprime par la naissance d’usages et la confection de contrats-type et conditions générales qui sont eux-mêmes créateurs de nouveaux usages”; FOUCHARD [1965: 401 e ss.] “... normes qui sont propres à ce dernier, qui se forment d’une manière

A tese de SCHMITTHOFF, neste âmbito é bastante limitada, tendo em conta que o que este autor defende é a admissibilidade da *lex mercatoria* com base na autonomia da vontade interna, afirmando que os Estados se desinteressam em regular o comércio internacional e dão ampla autonomia às partes⁴⁹⁸. Afirma, ainda, que “*if, according to the rules of private international law, the parties are at liberty to choose the law of a particular country, they must, within the limits of the relevant rules of public policy, be at liberty to provide their own legal regulation*”⁴⁹⁹. Parece que o que esta doutrina pretende é “*a far-reaching reduction of the national rules of conflict of laws and their substitution by a uniform, worldwide legal system of international trade regulation*”⁵⁰⁰, afirmando ainda que “*the further development of an autonomous law of international trade, founded on uniform rules of wide acceptance, would narrow down the ambit of the conflict of laws and give its rules the significance – or insignificance – which they deserve in the modern setting, viz. to operate as fall-back rules, to be invoked if the uniform regulation fails to provide a solution*”⁵⁰¹.

No âmbito da Convenção de Roma, a doutrina majoritária⁵⁰² entendia que as partes não podiam escolher uma ordem jurídica não estadual. Já no âmbito do Regulamento Roma I, o considerando 13⁵⁰³ é claro: as partes podem fazer referência material à *lex mercatoria*, incorporando essas regras no contrato, logo, está proibido uma referência conflitual. Pelo contrário, a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994), permite, no seu art. 7.º uma referência conflitual à *lex mercatoria*, princípios de UNIDROIT, etc.⁵⁰⁴.

coutumière au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires, d'une société internationale de commerçants, et qui constituent une sorte de droit commercial véritablement international, ou de droit <<anational>>”.

⁴⁹⁸ V. SCHMITTHOFF [1982: 22-23].

⁴⁹⁹ SCHMITTHOFF [1968: 564-565].

⁵⁰⁰ SCHMITTHOFF [1982: 21].

⁵⁰¹ *Idem.* p. 22 e [1956: 446].

⁵⁰² JAYME [1991: 37]; FERRER CORREIRA [1991: 29]; LALIVE [1991: 34]; v. também MOURA RAMOS [1991: 507 e ss.]; em sentido contrário, afirmando a necessidade de se poder designar a *Lex Mercatoria*, GOLDMAN [1991: 28]; CARBONE [1983: 284-285] e IVALDI [1985: 807-808].

⁵⁰³ "O presente regulamento não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional".

⁵⁰⁴ Neste sentido JUENGER [1994: 381 e ss. (383-384)].

Porém, caso essa admissibilidade não seja permitida pela lei do foro, deve o juiz pressupor que o que as partes quiseram foi incorporar essas normas no contrato e deve então resolver o caso à luz da autonomia das partes nos limites permitidos pelo direito designado pela norma de conflitos.

Em suma, podemos ver na tese da *lex mercatoria* de GOLDMAN a defesa de um ordenamento jurídico autónomo, que pode ser objecto de uma designação através da norma de conflitos⁵⁰⁵.

Do que se pode retirar da noção ampla da *lex mercatoria* e da sua defesa por SCHMITTHOFF⁵⁰⁶ e seus seguidores, esta consiste numa espécie de direito material especial que consubstancia uma técnica alternativa à norma de conflitos⁵⁰⁷, tendo a sua “obrigatoriedade” na incorporação destas normas pelas partes no contrato, fazendo-a depender da liberdade que as partes têm num determinado ordenamento estadual⁵⁰⁸.

2.1.3 Aplicação da *lex mercatoria* pelos juízes:

A aplicação pelos juízes da *lex mercatoria*, sem que as partes a tenham designado, depende de três factores:

- Da liberdade que seja dada aos juízes pela norma de conflitos no caso de ausência de escolha das partes do direito a aplicar ao mérito da causa; ou

⁵⁰⁵ V. GOLDMAN [1991: 28] e [1993: 252]: "*l'application de la lex mercatoria doit être décidée comme celle de tante autre loi - autrement dit, par le jeu d'une règle de conflit*"; cfr. MOURA VICENTE [1990: 151].

⁵⁰⁶ [1981: 21] "*Modern lex mercatoria is the deliberate creation of formulating agencies and is expressed in international conventions or model laws or in documents published by such bodies as the International Chamber of Commerce*".

⁵⁰⁷ SCHMITTHOFF [1982: 21].

⁵⁰⁸ BERMAN/DASSER [1997: 58], descrevendo a tese de SCHMITTHOFF afirma: "*private documents such as Incoterms, according to this view, derive their binding nature immediately from their express inclusion in contracts and ultimately from the autonomy of the parties' will in the national law of contract and in international treaties and conventions that have been adopted by nation states*".

- Quando se aplique a *lex fori* e os usos e costumes internacionais⁵⁰⁹ sejam fonte de direito; ou
- Quando, no âmbito da *lex causae*, os usos ou costumes internacionais que sejam fonte de direito.

No primeiro caso, iremos estudar somente a norma de conflitos presente no Roma I, já que a extensão imposta para esta dissertação não nos permite ir mais além. Ora, o art. 4.º estabelece que, na falta de escolha, os juízes devem aplicar sempre, dependendo do contrato em questão, a lei de um determinado país. Logo, nestes ordenamentos, na falta de escolha o juiz não tem liberdade para aplicar um ordenamento autónomo. Ora, se as partes não o podem fazer, o juiz muito menos.

Os dois últimos casos dizem respeito à relevância dos usos e costumes como fonte de direito⁵¹⁰ num determinado Estado. Esta fonte de direito é de grande importância e é criada a par das fontes resultantes do poder legislativo do Estado⁵¹¹.

Os usos são “*comportamentos ou práticas reiteradas no mundo dos negócios, reveladores da observância uniforme e generalizada de regras*”⁵¹², que têm três funções: normativa, integrativa e interpretativa. Já o costume é uma prática reiterada acompanhada de uma convicção de juricidade. A distinção entre o uso e o costume

⁵⁰⁹ Entendemos, pois, que neste caso a *lex mercatoria* será reduzida a este elemento, não vemos como pode o juiz aplicar a jurisprudência arbitral e modelos contratuais ou códigos de conduta que não consubstanciem uma fonte de direito.

⁵¹⁰ v. PANCORBO LÓPEZ [2009: 247 e ss (251 e ss.)]; v. SCHMITTHOFF [1968: p. 554]: “*The development of commercial custom is a gradual process. It often starts as the business procedure of a few leading enterprises; then becomes a general practice in a particular trade, founded on parallelism of action; later grows into a trade usage (usance) and eventually acquires the certainty and legal status of custom. It may not only develop on a national level but become international in character*” e [1964: 15 e ss.]; MENEZES CORDEIRO [2011a: 627 e ss. (647 e ss.)]; 2009: 211 e ss.]; BEDERMAN [2010: 117 e ss.]; CALLIES [2010: 158-223]; SOLÁ CAÑIZARES [1963: 297 e ss.]; ENGRÁCIA ANTUNES [2009: 58 e ss. e 64-66]; MOURA VICENTE [2012: 161-163, 265-266, 364-365, 394-401, 433- 435 e 461-462] e GILSSEN [2008: 250-291; 485-492].

⁵¹¹ v. WALDEMAR FERREIRA [1960: 431].

⁵¹² ENGRÁCIA ANTUNES [2009: 58] e v. ERDEM [2011: 248]: “[u]sage may be broadly defined as a particular course of dealing or line of conduct generally adopted by persons engaged in a particular department of business”.

não é sempre clara⁵¹³, e no âmbito do comércio internacional estes dois conceitos muitas vezes são sinónimos⁵¹⁴.

Nos ordenamentos de *Common law* o costume comercial é fonte imediata do direito e pode, segundo os requisitos apresentados por Blackstone⁵¹⁵, ser aplicado mesmo contrariando a Lei⁵¹⁶. No que diz respeito aos ordenamentos de *Civil Law*, a relevância dos costumes é diferente, sendo que, por exemplo, em Portugal não vêm mencionados no art. 3.º do CC, e os usos têm somente uma função integrativa ou interpretativa sempre que a lei assim o determine.

2.2 Óptica dos Tribunais arbitrais:

A maior parte das leis de arbitragens contêm uma norma de conflitos dirigida ao árbitro, que consagra o princípio da autonomia da vontade⁵¹⁷. Em regra geral é bastante liberal no que diz respeito à escolha, pelas partes, de um determinado direito e, na ausência de escolha, à determinação do direito a aplicar pelos árbitros.

Um das primeiras questões que nos devemos colocar é saber se a violação destas normas podem por em causa a eficácia da decisão arbitral. Como vimos supra⁵¹⁸, tanto a legislação, a doutrina e jurisprudência não é conclusiva na resposta a esta questão. Devemos então indagar se a violação das normas de conflitos podem por em causa a eficácia da decisão arbitral e saber o que constitui a violação da norma de conflitos nos mesmos termos que vimos para o juiz. O árbitro não tem *lex fori*, logo deve interpretar a norma à luz do direito do Estado da sede, se o que puser em causa a eficácia da decisão da arbitragem for a anulação da decisão no país Estado da sede. A única maneira interpretar a norma de conflitos à luz do país onde se requer o reconhecimento, prende-se com a possibilidade de considerar que a violação da norma

⁵¹³ V. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 297] e WALDEMAR FERREIRA, [1960: 426 e ss.]

⁵¹⁴ V. SOLÁ CAÑIZARES, ob. cit.

⁵¹⁵ CALLIES [2010: 158-160]; MOURA VICENTE [2012: 265-266] e SOLÁ CAÑIZARES [1963: 297-310].

⁵¹⁶ O único requisito tradicional que se afasta é o imemorial, cfr. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 299].

⁵¹⁷ v. GIRSBERGER/VOSER [2008: 259] v. designadamente o art. 28.º da Lei Modelo; art. 46.º, 1 do English Arbitration Act de 1996; art. 187, n.º 1 da LDIP, § 1051, 1 do ZPO e art. 52.º da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

⁵¹⁸ V. p. 27 e ss.

de conflitos consubstancia a violação da ordem pública desse país, o que nos parece de difícil concretização, pois, no caso da Convenção de Nova Iorque, estamos a falar da norma de conflitos do país sede da arbitragem (cfr. art. V, n.º1, al. d)). Devemos chamar a atenção para que se as partes escolheram o direito a aplicar, se os árbitros não o respeitarem, não estão somente a violar a norma de conflitos, mas também o estipulado pelas partes (v. art. V, n.º 1, al. d) primeira parte)⁵¹⁹.

2.2.1 Designação pelas partes⁵²⁰:

Como vimos, a maior parte dos sistemas consultados consagram normas de conflitos nas suas leis de arbitragem. Neste caso, os limites à designação da *lex mercatoria* dependem do controlo que se faça sobre a aplicação destas normas pelos árbitros, e, havendo tal controlo, os tribunais do Estado da sede da arbitragem consideram, ao mesmo tempo, que à luz dessa norma não é possível designar a *lex mercatoria*⁵²¹.

A arbitragem é tida como o meio de excelência para resolução dos litígios resultantes do comércio internacional por via da *lex mercatoria*, sobretudo pelo reduzido controlo que os tribunais estaduais fazem em sede de impugnação ou de reconhecimento.

⁵¹⁹ DALHUISEN [2004: 214], apesar de afirmar que "*because of the ambivalence on the subject and probably a lack of a clear idea what the modern lex mercatoria really is, direct references to the lex mercatoria remain rare and are on the whole also still avoided in arbitration statutes*", conclui, no que diz respeito a uma sentença decidida com base na *lex mercatoria* "[i]t depends on the jurisdiction where enforcement is sought but many will allow it".

⁵²⁰ V. BORN [2009: 2151, n. 212, 2111-2112, 2711-2720, 2865-2870]; MOURA VICENTE [1990: 208 e ss.]; LIMA PINHEIRO [1998: 721 e ss.]; [2005b: 383 e ss.]; LEW/ MISTELIDS/ KROLL [2003: 448-449] e ERDEM [2011: 260-265].

⁵²¹ V. supra pág. ? e v. KOHLER/RIGOZZI [2010: 405]: "[l]e tribunal arbitral peut appliquer soit un droit national, soit un droit de source non étatique. Cela résulte clairement du texte français de l'art. 187 al. 1 LDIP qui utilise la formule << règles de droit >> et non << droit >> (...). Les mots << règles de droit >> indiquent qu'il peut s'agir de normes qui ne constituent pas nécessairement un système autonome et complet comparable à une législation", no mesmo sentido GIRSBERGER/VOSER [2008: 263].

Naqueles países em que as leis de arbitragem não contenham normas de conflitos, os árbitros devem respeitar a designação das partes já que devem a sua competência à cláusula compromissória. A vontade das partes é, pois, soberana.

Caso a designação da *lex mercatoria* não seja admissível por pôr em causa a eficácia da sentença arbitral, entendemos que o árbitro deve indagar, à luz da lei que se deve aplicar, se o costume/usos internacionais são fonte de direito e em que termos, ou a possibilidade de se ter em conta como remissão material.

2.2.2 Aplicação da *lex mercatoria* pelos árbitros:

A admissibilidade da *lex mercatoria* pode dar-se em quatro casos:

- A norma de conflitos da lei de arbitragem que deve ser aplicada permite aos árbitros decidir com base na *lex mercatoria*;
- A lei de arbitragem não contém uma norma de conflitos, ou contendo, a sua violação não põe em causa a eficácia da sentença arbitral;
- A lei do Estado que deva ser aplicada admite como fonte de Direito os costumes e usos internacionais;
- O árbitro que tenha de decidir com base na equidade ou como *amiable compositeur* possa socorrer-se da *lex mercatoria* como critério de decisão.

No primeiro caso, as normas de conflitos presentes nas leis de arbitragem tendem a dar grande poder aos árbitros para escolher qual o direito a aplicar ao mérito da causa⁵²² e neste âmbito os árbitros são livres de escolher o direito objectivo⁵²³ que deve servir para resolver o litígio do comércio internacional.

⁵²² Temos, porém, o exemplo do art. 52.º,2 da LAV que limita a liberdade dos árbitros, devendo escolher o **direito de um Estado**.

⁵²³ No âmbito do direito dum Estado pode ser possível decidir com base nos costumes, pelo que quando estivermos perante um costume do comércio internacional (um dos elementos da *lex mercatoria*) este deve ser aplicado. Veja-se LEW/ MISTELIS/ KROLL [2003: 445]: "[t]he determination that a national law shall apply encompasses all rules of that law with the hierarchy of sources as valid in that system. This will include references to statutes, case law, scholarly writings and customs, with the authority they are vested with in that legal system".

No segundo caso, a lei de arbitragem não contém qualquer norma de conflitos pelo que o árbitro é totalmente livre, sempre e quando a não aplicação do direito de conflitos geral ponha em causa a eficácia da sentença arbitral. Por outro lado, se essa norma existir mas nenhum Estado exercer controlo sobre a sua aplicação, os árbitros são livres e aí a escolha da *lex mercatoria* para regular o litígio é discricionária⁵²⁴.

No terceiro caso, a lei do Estado que tenha sido designado pela norma de conflitos, permite a aplicação de usos e costumes⁵²⁵, pelo que a *lex mercatoria* fica limitada à esses elementos⁵²⁶.

Por último, aceitando-se que os árbitros, ao poderem decidir com base na equidade ou como *amiables compositeurs*, têm total liberdade, podem decidir com base na *lex mercatoria*⁵²⁷.

⁵²⁴ V. BORTOLOTTI [2011: 93]: “[i]n cases where the parties have not chosen to submit their contract to a specific domestic law, the arbitral tribunal can follow the traditional way, and determine the applicable (domestic) law on the basis of the conflict of law rules. This is still the most common approach, although applied in a more flexible way than by national courts”, segue afirmando “[h]owever, especially in cases where the traditional approach appears to be inappropriate, arbitrators are moving more and more towards applying, instead of a domestic legal system, the Unidroit Principles, as an expression of the *lex mercatoria*”.

⁵²⁵ Sobre a aplicação dos usos na arbitragem v. ERDEM [2011: 255-260].

⁵²⁶ BORTOLOTTI [2011: 98]: “[i]n some cases arbitrators have applied the Unidroit Principles as trade usages”.

⁵²⁷ Em sentido contrário v. MOURA VICENTE [1990: 201 e ss.].

Cap. III – *Lex Mercatoria*

3.1. A antiga e nova *lex mercatoria*⁵²⁸:

Com a queda do Império Romano causada pelas invasões bárbaras, a Europa fica dividida numa amálgama de reinos, principados e condados, uma comunidade composta por uma “manta de retalhos”. Nesse contexto nasce o *ius commune* constituído pelo Direito Romano⁵²⁹ introduzido pelas universidades de Bolonha, Pádua, Paris, Salamanca, Heidelberg, Cracóvia, Oxford e Cambridge; o direito canónico⁵³⁰ criado pela Igreja Católica; e um conglomerado de costumes feudais e comerciais⁵³¹. Estes últimos darão origem à chamada *lex mercatoria*.

Falar da antiga *lex mercatoria* é falar do início do Direito Comercial para quem defende que este não existia no Direito da Babilónia⁵³², no Direito fenício, grego ou romano⁵³³. Assim a génese do Direito Comercial é a génese do *Ius Mercatorum*⁵³⁴ dos comerciantes italianos medievais, i. e., a *lex mercatoria*^{535 536}.

⁵²⁸ Para uma resumo desta evolução v. LIMA PINHEIRO [2006a: 847-849] e SCHMITTHOFF [1981: 4-8].

⁵²⁹ Existe grande discussão doutrinária sobre se houve ou não direito comercial no direito romano.

⁵³⁰ Constituído pelas bulas papais, decretos do conselho eclesiástico, cujo objecto era a regulação do estatuto do clero e direito da família. V. BEDERMAN [2010: 23].

⁵³¹ Neste sentido BEDERMAN [2010: 22].

⁵³² Sobre o Direito na Babilónia v. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 5-6] e LARA PEINADO [1986].

⁵³³ Sobre esta questão v. MENEZES CORDEIRO [2009: 44 e ss.]; todavia no Direito Romano já existiam normas com carácter especial que regulavam o comércio e os comerciantes. ARMAND TORRENT [2010: 237] refuta a doutrina que nega a existência de um Direito Comercial autónomo no Direito Romano “*tenemos suficientes textos (jurisprudencia y constituciones imperiales) exclusivamente enfocados a la actividad argentarii, nummularii, dardanarii, coactores, cllectores, navicularii y demás operadores de la vida económica y financiera, incluso con una legislación específica dirigida a estas categorías profesionales, y aunque es cierto que estos enfoques no alcanzaron sustantividad propia para despegarse del genérico ius civile, entiendo que aunque los textos (clásicos y postclásicos, epigráficos y papirológicos) no tengan un valor ontológico absoluto para categorizar una autónoma lex mercatoria, sí permiten individualizar en la ciencia jurídica romana una atención especial por la materia mercantil*”. No mesmo sentido WYNDHA ANSTIS BEWES [1986: 2] “*The assumption that the law originated with the Italian merchants is more than disputable. International trade is in some measure a constant thing. Although a great revival took place after the new contact with the East which was made by the crusades, commerce at that time simply change hands, leaving the Arabs, (...), and*

A história do Direito Comercial permite-nos constatar que este ramo do direito, antes de ter sido nacional, foi na sua essência internacional⁵³⁷; nasceu da burguesia feudal italiana, nas suas corporações⁵³⁸ com capacidade de criar normas autónomas que regulavam as relações comerciais, na sua maioria internacionais⁵³⁹. O Estado – Nação, as noções de fronteira e soberania - como hoje são conhecidos, não são

*being undertaken by the Italians and to some extent by the French...”; SOLÁ CAÑIZARES [1963: 6] afirma que “[n]o conocieron (...) los romanos, excepto en los primeros tiempos de su historia, una división del derecho privado en derecho civil y derecho comercial”. Como diz e bem ISABEL JALLES, [1975: 6], “seja no *ius gentium* que regulava as relações entre os cidadãos romanos e os peregrinos (e onde, segundo alguns, se teriam forjado os contratos de boa fé do direito romano), seja já nos usos e costumes das feiras medievais, vamos encontrar, afinal, a mesma preocupação de suplantar as particularidades regionais e de favorecer e incrementar as relações intercomunitárias”.*

⁵³⁴ Diz GALGANO [1980: 41] “[a] expressão *ius mercatorum* pertence à linguagem jurídica culta; usavam-na, com prevalência, os glosadores como Bártolo e Baldo. A expressão possui um significado especial: mais do que referir-se a um ramo de direito, significa um modo particular de criar direito. Chama-se *ius mercatorum* porque foi criado pela classe mercantil, e não porque regula a atividade dos comerciantes”.

⁵³⁵ Cfr. COSTA GOMES [2013: 33], “a *lex mercatoria* está associada ao nascimento, na Idade Média, de um novo direito privado, adaptado ao desenvolvimento do comércio e à emergência da classe dos mercadores”.

⁵³⁶ Afirma SOLÁ CAÑIZARES [1963: 19], “*el derecho comercial de la Edad Media aparece no como el derecho nacional de un Estado ni como un derecho uniforme elaborado por varios Estados, sino como un derecho formado por las costumbres y prácticas de una clase social – los comerciantes – que existe en todos los países y ciudades, con la misma nacionalidad, los mismos deseos y las mismas necesidades. Es un derecho común a todos los comerciantes de distintas nacionalidades e incluso de distinto sistema jurídico, y que coexiste en cada país con el derecho civil nacional*”

⁵³⁷ V. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 16], “*el comercial medieval es esencialmente internacional y, por lo tanto, el derecho también tiende a serlo*”. V. GALGANO [1980: 54]: “*Pelo seu duradouro carácter de direito de classe, o *ius mercatorum* afirma-se, progressivamente, como direito tendencialmente uniforme no âmbito ultra-comunal e, por fim europeu (...), um direito que possui um carácter de verdadeiro direito supra-urbano*”. V. tb. JONH GILSSEN [2008: 254-259].

⁵³⁸ As corporações não serviam somente para criar regras (direito estatutário) ou exercer jurisdição sobre os litígios dos seus membros, também “*regulavam a educação profissional em pormenor e, nalguns casos, para proveito dos filhos dos seus membros, organizavam mesmo cursos escolares que proporcionassem os rudimentos da leitura e da escrita*”, in CIPOLLA [1988: 111]. Sobre as corporações v. *Idem* p. 111 e ss.

⁵³⁹ V. GALGANO [1980: 40], “[a]s fontes do *ius mercatorum* eram os estatutos das corporações *mercantis*, o costume mercantil e a jurisprudência da *cúria dos mercadores*”.

contemporâneos do alvor do comércio. As fontes do Direito Comercial de então eram os estatutos das corporações (direito estatutário), composto por normas referentes ao juramento dos comerciantes e à organização das corporações; o costume era composto pelos usos resultantes da prática contratual; finalmente, as corporações tinham os seus tribunais formados por membros da corporação.

O estudo da História do Direito Comercial permite compreender que este ramo começou por ser uma criação corporativa, nasceu dos mercadores, dos comerciantes, nas cidades medievais italianas, através dos seus contratos que se transformavam em usos, normas com carácter geral e que deviam ser obedecidas (*ius mercatorum*)^{540 541}

Tanto o comércio marítimo⁵⁴³ como o terrestre permitiram o nascimento de um conjunto de normas consuetudinárias que seriam codificadas pela primeira vez no Código de Hammurabi⁵⁴⁴. Todavia, devido à dificuldade da sua tradução e falta de textos, não se consegue perceber se havia um Direito dos comerciantes ou dos actos de comércio.

⁵⁴⁰ Cfr. URÍA/MENÉNDEZ [2012: 28].

⁵⁴¹ O estabelecimento deste século como data da criação da *lex mercatoria* deve-se à passagem de uma economia fechada a uma economia de troca, onde os comerciantes aplicam, em diferentes territórios, os seus usos e costumes comerciais criados pelas corporações. Cfr. SOLÁ CAÑIZARES [1980: 13 e ss]. Sobre a Europa da Alta Idade Média v. CIPOLLA [1988: 11 e ss].

⁵⁴² MENEZES CORDEIRO [2009: 47] e SOLÁ CAÑIZARES [1963: 19]: “*Una clase social de carácter internacional que se cobija en las ciudades. A la época de los imperios sucede la época de las ciudades. Y en estas ciudades, los comerciantes que las dominan, ante la ausencia de un derecho que les convenga, crean su propio derecho, que es, pues, un derecho de los comerciantes y para los comerciantes*”.

⁵⁴³ V. JONH GILSSEN [2008: 274]: “*o direito do mar conheceu na Idade Média um grande desenvolvimento num quadro geográfico muito mais vasto do que o dos costumes territoriais. Nascido dos costumes dos navegadores, de julgamentos de tribunais marítimos, sobretudo os consulados, de leis promulgadas pelas cidades com comércio marítimo (...). [A] jurisprudência do tribunal marítimo desta cidade [Barcelona] impôs-se em toda a bacia mediterrânica*”

⁵⁴⁴ Elaborado pelo Rei Hamurabi da Babilónia (2285-2242 a.C.), encontrado em 1901 nas ruínas da cidade de Susa, gravado num bloco de diorite e encontra-se actualmente no Louvre. V. WALDEMAR FERREIRA [1947: 28], conhecem-se regulações bancárias e monetárias de Direito da Babilónia. “*desde 1958 antes de J.C. (...) se conocen las actividades de la Banca Nebohiiddia, que recibía fondos en depósito pagando un interés, guardaba mercancías y objetos de valor cobrando derechos de custodia, realizaba pagos por cuenta de sus clientes, y garantizaba compras de los mismos*”.

Os Gregos dispunham também de um número enorme de costumes não escritos, prevalecendo sobre a lei escrita⁵⁴⁵. Todavia, neste caso não podemos falar ainda de Direito Comercial, pois, “*no había en Grecia corporaciones de comerciantes que elaborasen un derecho específico*”⁵⁴⁶.

Os costumes do comércio marítimo⁵⁴⁷, com origens mais remotas do que a Idade Média, teriam as suas origens nos fenícios, gregos e romanos, no mediterrâneo, tendo os primeiros o seu “centro comercial” na ilha de Rodas⁵⁴⁸, influenciando o Direito Romano, como se pode ver pela *Lex Rodhia de jactu*. Na Idade Média, o comércio marítimo apresentou um desenvolvimento extraordinário, destacando-se a compilação catalã de usos e costumes de direito marítimo, os “*Consulat del Mar*” e os “*Rooles de Oleron*”, compilação francesa, Leis de Westcapelle, dos Países Baixos, Ordenanças de *Wisby*. Já em Inglaterra, a Carta Magna (1215) reconhecia os costumes e jurisdições comerciais⁵⁴⁹.

Quanto ao comércio bancário, na Grécia os bancos já tinham um papel relevante e já realizavam depósitos, crédito, troca de moedas, transferência de fundos e davam certas garantias⁵⁵⁰. Na Europa medieval do séc. V ao XI, os mecanismos financeiros eram quase inexistentes. Com o crescimento das cidades e o aumento do comércio internacional, a actividade bancária teve necessariamente de se desenvolver, v. g., o aparecimento do *contrato di commenda*⁵⁵¹. Com o aumento dos depósitos, a inflação deixou de crescer tanto, resultado de uma maior poupança, e os bancos passaram a ter mais capital para emprestar, passou a haver uma maior relação entre banca e comércio.

⁵⁴⁵ WALDEMAR FERREIRA [1947: 30]. Afirma URÍA/MENÉNDEZ [2012: 22] que “*históricamente, la importancia del uso ha sido superior a la de la ley. En su origen, el Derecho mercantil fue esencialmente consuetudinario. La insuficiencia del Derecho común obligó a los comerciantes a buscar una regulación adecuada al comercio en usos nacidos al margen de la ley común*”.

⁵⁴⁶ SOLÁ CAÑIZARES [1963: 9].

⁵⁴⁷ SOLÁ CAÑIZARES [1963:4]: “[s]i el comercio terrestre fue cronológicamente anterior al marítimo, en cambio las instituciones marítimas precedieron a las del comercio terrestre. Las costumbres del mar tuvieron un carácter internacional con un sentido de unificación instintiva, lo que explica que después las primeras fuentes del derecho comercial fuesen las recopilaciones de los usos marítimos”.

⁵⁴⁸ WALDEMAR FERREIRA [1947: 28].

⁵⁴⁹ Cfr. BEDERMAN [2010: 103 e n. 19].

⁵⁵⁰ SOLÁ CAÑIZARES [1963: 8].

⁵⁵¹ CARLO CIPOLLA [1988: 218 e ss].

Surge neste contexto a letra de câmbio⁵⁵², evitando assim o transporte de dinheiro quando os comerciantes se deslocavam a outros mercados⁵⁵³. As próprias cruzadas favoreceram a expansão do comércio Bancário, sobretudo graças à Ordem dos Templários, que foram grandes banqueiros⁵⁵⁴.

No que diz respeito ao comércio terrestre, o centro nevrálgico dos comerciantes medievais seria as feiras e mercados, muitas vezes localizados em zonas de peregrinação ou santuários, constituídos espontaneamente, livres de qualquer intromissão, havendo, porém, feiras e mercados que se constituíram por deliberações dos príncipes e senhores medievais⁵⁵⁵. O comércio terrestre tinha a sua ligação entre as cidades do norte de Itália e os Países Baixos, atravessando a zona de Champagne, onde as feiras tiveram o ponto central.

Os comerciantes tinham a sua própria jurisdição, conhecida por jurisdição consular⁵⁵⁶, administrada por cônsules, existentes no seio das suas corporações que abarcava todo o comércio, pois todos os comerciantes pertenciam a corporações⁵⁵⁷ e, familiarizados com o comércio, aplicavam os seus costumes e usos⁵⁵⁸. Havia dois tipos de tribunais consulares, um ambulante, acompanhando os comerciantes às feiras, e um que se fixava nos grandes centros comerciais onde os cônsules tinham jurisdição permanente, sendo que em França as jurisdições consulares nas feiras dependiam de prerrogativa dos senhores feudais⁵⁵⁹. Estas jurisdições consulares em certos países obtinham poderes para executar as suas sentenças⁵⁶⁰. Em Inglaterra as jurisdições dos

⁵⁵² CARLO CIPOLLA [1988: 221 e 223] e SOLÁ CAÑIZARES [1963: 16], ainda que se defende que este instrumento já existia no mundo árabe e na China.

⁵⁵³ V. ENGRÁCIA ANTUNES [2012: 10 e ss] em concreto: “o comerciante depositava o seu dinheiro junto de um banqueiro, que lhe entregava em troca um documento especial ou carta (“cartulae”) e que lhe permitia, mediante a sua apresentação junto de outro banqueiro sediado no local de destino ou de negócio, aí levantar a correspondente quantia pecuniária, necessária aos pagamentos”.

⁵⁵⁴ SOLÁ CAÑIZARES [1963: 17].

⁵⁵⁵ WALDEMAR FERREIRA [1947: 26].

⁵⁵⁶ ISABEL JALLES [1975: 7]: para julgamento de litígios resultantes do comércio “foram criados tribunais especiais que o direito inglês consagrou com a expressão curiosa de *courts of piepowders* (ou seja, tribunais dos pés poeirentos)”

⁵⁵⁷ Neste sentido SOLÁ CAÑIZARES [1963: 13 e 19].

⁵⁵⁸ WYNDHA ANSTIS BEWES [1986: 8].

⁵⁵⁹ V. WYNDHA ANSTIS BEWES [1986: 14].

⁵⁶⁰ *Idem*, p. 18-19.

comerciantes aplicavam um direito diferente da *common law*, a chamada *lex mercatoria* ou *law merchant*, tendo este país tribunais locais de comércio terrestre e marítimo, tribunais de feiras, tribunais de arbitragem dos *Gild Merchant* (corporações de comerciantes), mas estas jurisdições foram substituídas gradualmente pelo *Court of Admiralty*⁵⁶¹.

Com a evolução económica, social e política e os descobrimentos, a Europa irá mudar e consequentemente o *Ius mercatorum* irá sofrer transformações. Dá-se a consolidação do poder soberano e o fim da sociedade feudal, centraliza-se todo o poder no monarca, sendo um deles o judicial. A *lex mercatoria* e *Ius mercatorum* como direito de uma classe pode, dificilmente, nesta Europa, ser concebida como um direito criado pela classe. A figura do Estado fortalece-se, sobretudo com a paz de Westfália (1648) e necessariamente o Direito nacionaliza-se e as fronteiras tornam-se consolidam-se. Em suma, a criação do *Ius mercatorum* e a sua jurisdição irá passar para o Estado e Monarca e este Direito nacionaliza-se.

Os costumes e usos passam a fazer parte de codificações promulgadas ou da iniciativa do Monarca. São exemplo disso em França as Ordenações de Colbert (1673); em Espanha as Ordenações de Bilbao (1737); em Itália a Ordenações da Marina (1717), as leis e constituições de Víctor Amadeu II (1723), Código de Francisco III (1771); na Áustria o édito de navegação comercial (1774); na República de Veneza o Código da Marinha (1786); na Dinamarca o Código Cristián V (1638); o Código Norueguês (1687); o Código Sueco (1734); na Rússia as Ordenações marítimas (1719 e 1720); em Portugal as Ordenações Filipinas (1603). Na Inglaterra a *lex mercatoria* passou a fazer parte da *Common Law* sob influência de Lord Mansfield, dando-se finalmente a fusão do Direito Comercial e Civil.

Quanto à jurisdição consular em Inglaterra, foi progressivamente substituída pela *Court of Admiralty* (desde 1534), passando esta a ver as suas competências absorvidas pelos tribunais da *Common Law* sob influência de Sir Edward Coke.

Em suma, com a tentativa de passar a escrito o costume, a *lex mercatoria* acaba por desaparecer, perdendo a sua legitimidade junto dos comerciantes, o Monarca homologa e futuramente redige por completo, acabando por regular as relações comerciais⁵⁶².

⁵⁶¹ V. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 17].

⁵⁶² Cfr. JONH GILSSEN [2008: 248].

Este movimento de centralização do poder legislativo e nacionalização do Direito Comercial irá culminar com as codificações do séc. XIX, tendo como o seu primeiro impulsionador o *Code de Commerce* de 1807 de Napoleão⁵⁶³. O *Code de Commerce*, ao contrário dos códigos anteriores, não serve simplesmente para codificar os usos e costumes antigos, consagra uma nova ideologia saída da Revolução francesa, e influenciada pelo século das luzes⁵⁶⁴. Este código influenciou os vários Códigos Comerciais do séc. XIX⁵⁶⁵, estando ainda em vigor alguns Códigos Comerciais influenciados pelo *Code de Commerce*, como é o caso de Portugal (1888), Espanha (1885) e o HGB (1897)⁵⁶⁶.

Em suma, o movimento de codificação que levou a estadualização do direito comercial começou muito antes do *Code du Commerce* Napoleónico. Temos, porém, de reconhecer que a manutenção de um Direito Comercial autónomo se deveu a este movimento de estadualização.

Este Direito Comercial passou em primeiro lugar a ser codificado pelas *Ordonances* francesas, sendo que os costumes e usos comerciais ganhavam legitimidade por estarem escritos e compilados numa legislação estadual. Depois, o Direito comercial nacionalizou-se e objectivou-se, isto deve-se à criação dos Códigos Comerciais modernos⁵⁶⁷. Também se deu com estes códigos a estadualização das fontes, perdendo os usos e costumes a sua relevância e quantidade em todos os ordenamentos jurídicos, salvo os da *Common Law*.

Assim chegamos aos princípios séc. XX, depois de um período de “dormência” da *lex mercatoria*, encontramos um Direito Comercial em vias de publicitação, havendo cada vez mais um controlo do Estado no Direito Comercial, mesmo o internacional e uma rigidez e estandarização⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Em sentido divergente v. WALDEMAR FERREIRA [1947: 53 e ss. (55)]: “Consolidou as velhas normas do direito consuetudinário, consagradas pelas práticas mercantis. (...) [n]ão avançado nas idéias, nem revolucionário nas directrizes” e cfr. [1948: 190 e ss]. Em sentido convergente v. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 36].

⁵⁶⁴ No mesmo sentido SOLÁ CAÑIZARES [1963: 37].

⁵⁶⁵ V. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 35 e ss].

⁵⁶⁶ Sobre esta codificação tardia v. MENEZES CORDEIRO [2009: 60 e ss].

⁵⁶⁷ V. FABRIZIO MARRELLA [2003: 76].

⁵⁶⁸ No mesmo sentido v. SOLÁ CAÑIZARES [1963: 70-71], v. ainda DALHUISEN [2004: 196-198].

A existência de um direito comercial autónomo deve a sua primeira referência⁵⁶⁹ a ÉDOUARD LAMBERT, no prefácio à obra de ISHIZAKI publicado em 1928, que fala num direito corporativo que “*non pas comme une dépendance ou une adaptation des droit législatif et judiciaire, mais comme un droit qui suit ses voies particulières, a un esprit, des méthodes et des sanctions propres*”⁵⁷⁰. Como podemos ver da citação de LAMBERT, a nova *lex mercatoria* iria separar-se da história do Direito Comercial Estadual.

No que diz respeito à autonomia desta nova *lex mercatoria*⁵⁷¹, afirma o mesmo autor que “[I]’*autonomie croissante du droit corporatif est assurée par l’action combinée de trois forces: l’arbitrage corporatif, les codifications d’usages et le contrat-type*”⁵⁷². O que se pretende com esta *lex mercatoria* “*est de secouer le joug du droit général de la vente commerciale (...) qui, parce qu’il a été fait par les juristes à la lumière de leurs traditions d’école ou de Palais, apparaît aux marchands de soie comme un droit qui a déjà pris une allure de droit strict; c’est de le remplacer, pour l’usage de la corporation, par un droit d’équité façonné par l’activité des organisations syndicales et apte à s’adapter aux besoins et aux mouvements de leur branche commerciale*”⁵⁷³. Ao mesmo tempo que GROSSMANN-DOERTH falava de um “*direito autónomo do comércio internacional*”⁵⁷⁴.

Todavia, a denominação de uma nova *lex mercatoria*⁵⁷⁵ só surge na década de sessenta do séc. XX, entendida como uma ordem jurídica constituída por costumes,

⁵⁶⁹ GOLDMAN [1980, p. 180] afirma que desde finais do sec. XIX, em concreto com a criação do *London Corn Trade Association* (criada em 1877 e refundada em 1886), pretendia-se consolidar os usos referentes ao comércio de cereais e a estabelecer e pôr à disposição de contratos-tipo, constatando que “*les contrats qui s’y réfèrent ne sont régis ni par la loi d’un Etat, ni par une loi uniforme adoptée par une Convention entre Etats, mais bien par les contrats-type eux-mêmes*”.

⁵⁷⁰ ÉDOUARD LAMBERT, prefácio à obra de ISHIZAKI [1928: XXVII].

⁵⁷¹ v. GOLDMAN [1993: 241]

⁵⁷² ÉDOUARD LAMBERT [1928: XXVIII].

⁵⁷³ V ISHIZAKI [1928: 13], este autor faz referência à venda internacional de seda pois é o objecto da sua dissertação, todavia, a partir desta tese iria fazer-se a generalização, como o faz ÉDOUARD LAMBERT no prefácio desta obra. V. também em sentido semelhante EDOURD LAMBERT [1928: XXX], acrescentando a rigidez do direito nacional para o comércio internacional.

⁵⁷⁴ Tradução feita por MOURA VICENTE [1990: 135] de “*autonome Recht des Welthandels*” ou “*selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*”.

⁵⁷⁵ V. também esta evolução em SCHMITTHOFF [1981: 19-22]

cujo fim seria regular as relações comerciais internacionais e que seria normalmente regulada pela arbitragem comercial internacional. Os autores de renome a difundir a nova *lex mercatoria* foram GOLDMAN e SCHMITTHOFF.

Deixemos por fim um fragmento da obra de SCHMITTHOFF⁵⁷⁶:

“If all sovereigns agree, subject to certain reservations, to recognize and admit the universal custom of businessmen as a law creating agency, the striking similarity in the law of international trade in all national legal systems, which we have noted earlier, might, in fact, find its explanation in the derivation of that law from a common source. This new lex mercatoria might be the beginning of an autonomous international mercantile law which would be no longer fashioned by the principles of national law.

The evolution of an autonomous law of international trade, founded on universally accepted standards of business conduct, would be one of the most important developments of legal science in our time.”

Para concluir, a criação de normas comerciais no século XII deveu-se à necessidade dos comerciantes obterem alguma segurança jurídica e maior adequação das normas ao litígio comercial, criação essa que ora podia ser feita pelo Estado (inexistente à altura) ora pelos próprios comerciantes. Seja qual for a razão que levou os comerciantes a criarem as suas próprias normas, elas surgiam a partir de uma necessidade. O mesmo se pode dizer da nova *lex mercatoria*, a necessidade de uma uniformização e maior adequação pode estar na base deste ressurgir de normas criadas pelos próprios comerciantes⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ [1964: 5].

⁵⁷⁷ Cfr. FABRIZIO MARRELLA [2003: 76]. V. também GRADINO RODAS [2003: 9-10]: “[n]o campo do direito comercial, desenvolveu-se na Europa, a partir de 1930, uma nítida tendência no sentido de criação de leis uniformes de aplicação internacional generalizada. Justifica-se esta diversidade de critérios pela distinção entre a natureza das instituições civis e das instituições comerciais, aquelas estáticas, estas dinâmicas, aquelas voltadas para as sociedades internas, estas cada vez mais extravasando para a sociedade internacional. Daí o moderno renascimento da *Lex Mercatoria*, o sistema de fontes múltiplas, consuetudinária, convencional, jurisprudencial e arbitral, que formam as normas regentes do comércio internacional, em suas diversas manifestações”.

3.2 Conteúdo⁵⁷⁸:

Conforme defendemos na nossa introdução, aqui tratamos a *lex mercatoria* na sua concepção minimalista, pois entendemos que a concepção maximalista corresponde a uma noção de Direito Comercial Internacional que regula tanto as relações macroeconómicas como as microeconómicas; já a concepção intermédia diz respeito ao Direito Comercial Internacional, como um todo. O que tentámos mostrar foi como se pode dar relevância ao **Direito autónomo do comércio internacional** e então denominámos este como *lex mercatoria*, ou seja, qual é a relevância/obrigatoriedade das práticas, costumes e usos que se desenvolveram no âmbito do comércio internacional, acrescentando, os contratos, cláusulas contratuais e as decisões arbitrais.

Assim, temos como conteúdo⁵⁷⁹:

- I. Usos e costumes comerciais:
 - A. Codificações privadas de usos (elaborada sob a égide da CCI e da *International Law Association*):
 - I. Incoterms (International Commercial Terms)⁵⁸⁰;
 - II. Regras e usos uniformes sobre créditos documentários de 1993⁵⁸¹;
 - III. Regras uniformes e modelos de cláusulas contratuais relativos às cobranças bancárias, ao transporte combinado, às garantias contratuais; à força maior e à imprevisão; contratos de agência; adaptação dos contratos (*hardship*), e à extorsão e corrupção em transacções comerciais;
 - IV. Regras Uniformes Relativas às Cláusulas Contratuais Estipulando o Pagamento de Uma Quantia em caso de Incumprimento elaborados pela CNUDCI em 1983;
 - V. Regras de York e as Regras de Antuérpia (Domínio marítimo).

⁵⁷⁸ V. HELENA BRITO [2004: 111 e ss.].

⁵⁷⁹ V. COSTA GOMES [2013: 34], v. também DALHUISEN [2004: 198-212].

⁵⁸⁰ V. SCHMITTHOFF [1968: 557-559; 1990: 9-62]; ICC [2010: 4 e ss.]; D'ARCY/MURRAY/CLEAVE [2000: 7-51] e EDERMAN [2011: 254].

⁵⁸¹ Cfr. SCHMITTHOFF [1968: 554]: estas regras "*are just at present in the transitional stage from usage to custom, a conclusion prompted by the fact that the Uniform Customs are applied by banks of not less than 173 countries and territories adhering to different economic systems*"; ICC [2006: 14 e ss.] e COSTA PINA [2000: 11 e ss.].

- B. Princípios gerais em matéria contratual elaborados por peritos nacionais reunidos sob a égide de organizações internacionais de entre os quais se destacam os “Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” de 1994, elaborados pelo UNIDROIT⁵⁸² e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos⁵⁸³.
- II. Jurisprudência arbitral⁵⁸⁴: A jurisprudência arbitral pode ser relevante em três situações: quando os árbitros tenham total liberdade na escolha do direito a aplicar ao mérito, nesse caso podem decidir com base em jurisprudência arbitral anterior; quando constitua costume internacional; por último, quando, em sede de interpretação dos contratos, valem como usos do comércio internacional⁵⁸⁵.
- III. Documentos não vinculativos elaborados por organizações profissionais ou corporativas, como códigos de conduta, códigos deontológicos, guias profissionais⁵⁸⁶, modelos contratuais⁵⁸⁷ ou mesmo leis-modelo.
- 1) Contratos-tipo: compra e venda de cereais elaborados pela *The Grain and Feed Trade Association*;
 - 2) Condições gerais da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas, relativas à venda de cereais, ao fornecimento de instalações, de maquinaria e de bens de consumo duradouros e outros (citrinos, combustíveis, etc.);

⁵⁸² Sobre a aplicação destes princípios na arbitragem v. BORTOLOTTI [2011: 81 e ss.] e em concreto no que diz respeito à *lex mercatória* ob cit. pp. 87-90.

⁵⁸³ Para ver o papel de OLE LANDO na criação destes princípios v. ERIC CLIVE [2013: 69 e ss.]. V. em concreto, p. 71: “[t]he (...) purpose of PECL was to serve as ‘a modern formulation of a *Lex Mercatoria*’ (...). Arbitrators directed to solve questions according to ‘general principles of law’ or ‘internationally accepted principles’ could find suitable rules in the PECL. (...) it seems that not much use has been made of the PECL in this way”.

⁵⁸⁴ Quanto à questão da jurisprudência arbitral v. [LIMA PINHEIRO, 2005a: 190].

⁵⁸⁵ No mesmo sentido SANTOS JÚNIOR [2005: 162].

⁵⁸⁶ V. SCHMITTHOFF [1968: 562-563].

⁵⁸⁷ V. SCHMITTHOFF [1968: 551-553], devemos chamar a atenção para o facto de que os modelos contratuais podem gradualmente originar costumes internacionais, v. neste sentido ob. cit., p. 554.

- 3) Contratos-tipos para o transporte aéreo internacional da *International Air Transport Association*;
- 4) Condições gerais que regem, desde 1958, os contratos celebrados pelas organizações externa dos países do COMECON;
- 5) Contratos-tipo de venda de seda, de cereais, de algodão, de óleos e de empreitadas de construção civil.

CONCLUSÕES

Devemos, então, passar a apresentar as necessárias conclusões após este nosso estudo:

- O Direito Comercial Internacional é aqui entendido como o conjunto de normas e princípios jurídicos de Direito privado que regulam as relações do comércio internacional de operadores económicos numa situação de igualdade;
- Para aferir desse direito, é necessário colocarmo-nos na óptica dos aplicadores de direito, sendo os dois mais importantes o tribunal estadual internacionalmente competente e o tribunal arbitral;
- No que diz respeito ao tribunal internacionalmente competente, o direito comercial internacional pode ser determinado por via de um processo conflitual ou por um processo material.
- O tribunal arbitral, na determinação do direito comercial internacional, deve ter em conta dois princípios: o da vontade das partes e o da eficácia das decisões arbitrais;
- Por essa razão, o árbitro tem que ter em consideração o regime que regula a eficácia das sentenças arbitrais, i.e., a acção de anulação de uma sentença arbitral nacional, o não reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira e a oposição à execução;
- A necessidade de se socorrer de um processo conflitual, depende sempre do princípio da eficácia da decisão arbitral: se a violação das normas de conflitos não tornarem a sentença arbitral ineficaz, estas não têm de ser respeitadas e se o mérito da causa da sentença arbitral não puder ser posto em causa de nenhuma maneira, os árbitros são totalmente livres na determinação das regras a aplicar ao litígio do comércio internacional;
- No que diz respeito à *lex mercatoria*, entendida como conjunto de normas e princípios de origem autónoma face a um determinado Estado, a sua aplicação, pelos tribunais estaduais, depende:
 - da admissibilidade da sua designação pela norma de conflitos;
 - na ausência de qualquer designação, da liberdade dada pelo legislador aos juízes na determinação do direito a aplicar;

- independentemente da norma de conflitos, quando os costumes e usos internacionais possam ser aplicados como fonte de direito do ordenamento jurídico a ser aplicado ou como referência material.
- A aplicação da *lex mercatoria* pelos tribunais arbitrais depende:
 - da admissibilidade da sua designação pela norma de conflitos;
 - na ausência de qualquer designação, da liberdade dada pela lei de arbitragem do Estado da sede;
 - independentemente da norma de conflitos, quando os costumes e usos internacionais possam ser aplicados como fonte de direito do ordenamento jurídico a ser aplicado ou como referência material.
- Sempre e quando a violação da norma de conflitos não ponha em causa a eficácia da decisão arbitral o árbitro pode socorrer-se directamente da *lex mercatoria*;
- O mesmo se diga se não puder haver revisão do mérito da sentença arbitral.

BIBLIOGRAFIA

AAVV

2012 - Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, Almedina.

ALFONSÍN, Quintín

1961 - El regimen internacional de los creditos : el regimen internacional de los bienes, Santa Fé, Universidad Nacional del Litoral.

ANTUNES, José E.

2009 - Direito dos Contratos Comerciais, 1ª Ed., Almedina.

2012 - Os Títulos de Crédito, uma introdução, 2ª Ed., Coimbra Editora.

ARCY, Leo d' e MURRAY, Carole e CLEAVE, Barbara

2000 - Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, Sweet & Maxwell, London.

BARROCAS, Manuel Pereira

2010 - Manual de Arbitragem, Almedina.

2013 - Lei de Arbitragem Comentada, Almedina.

BATIFFOL, Henri e Paul LAGARDE

1983/1993 - Droit international privé, vol. I - 8.ª ed., vol II, 7ª ed., Paris.

BEDERMAN, David J.

2010 - Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, 1ª ed.

BERG, Albert Jan Van Den

1981 - The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation, Deventer et. al. (1981).

1982 - "*Should and international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?*", in The Art of Arbitration, Essays on International

Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders, Kluwer Law and Taxation Publishers.

2001 - The 1958 New York Arbitration Convention Revisited, in ASA Special Series, n.º 15, pp. 125-146.

BERMAN, Harold e Felix DASSER

1997 - "'New' Law Merchant and the 'Old': Sources, Content, and Legitimacy", in *Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the new Law Merchant*, pp. 53-69, 2ª Ed.

BEWES, Wyndham Anstis

1986 - *The romance of law merchant: being an introduction to the study of international and commercial law with some account of the commerce and fairs of the middle ages.*

BLESSING, Mark

2000 - "Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives", in *International arbitration in Switzerland: an introduction to and a commentary on articles 176-194 of the swiss private international law statute / ed. lit. Stephen V. Berti.* - The Hague : Kluwer Law International.

BOCKSTIEGEL/KROLL/NACIMIENTO

2007 - *Arbitration in Germany, The Model Law in practice*, Wolters Kluwer.

BORN, Gary

2009

BORTOLOTTI, Fabio

2011 – “The UNIDROIT Principles and their application in the context of international arbitration”, in *LIBER AMICORUM en l’honneur de Serge Lazareff*, pp. 81- 101.

BRITO, Maria Helena

2004 - Direito do Comércio Internacional, Almedina.

2012 - *As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões.*
Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, pp. 27-50.

BROTÓNS, Antonio Remiro

1984 - *La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*",
RCADI, n.º 184, pp. 169-354.

CALLIES, David

2010: "How Custom Becomes Law in England", in *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Peter Orebeck, Fred Bosselman, Jes Bjarup, David Callies, Martin Chanock, Hanne Peters, Cambridge University Press, 2010, pp. 158-223.

CARAMELO, António Sampaio

2008 - "Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law",
in *Journal of International Arbitration*, pp. 569-581.

CARBONE, Sergio

1983 - "Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma del 1980", *RDIPP*, vol
XIX, 1983, pp. 279 e ss.

CARBONNEAU, Thomas E.

1998 - *Lex Mercatoria and Arbitration, a discussion of the new law merchant*,
Kluwer Law International, 1998 - XXV.

CARDOSO, Fernando

1984 - *A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado (A Autonomia e o Contrato de Agência ou de Representação Comercial)*, Livraria Portugalmundo Editora, Lisboa.

CAÑIZARES, Felipe de Solá

1963 - *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, 3 Tomos, Barcelona.

CHORÃO, Luís Bigote

1994 - Subsídios para a história do direito comercial : a comercialística portuguesa e o ensino do direito comercial na Universidade de Coimbra, século XIX, Relatório do seminário de História do Direito Português.

CIPOLLA, Carlo M.

1977 - História Económica da População Mundial, Trad. Sergio Flaksman, Zahar, Editores.

1988 - História Económica Europeia pré-industrial, Carlo M. Cipolla, Edições 70.

CLARKSON, C. M. V. e HILL, Jonathan

1997 - Jaffey on the Conflict of Law, London.

CLIVE, Eric

2013 - "The lasting Influence of the Lando Principles", in

COELHO, Maria Cristina Pimenta

1996 - *A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeira*, in Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. - Lisboa Nova Série. - nº 20 (Nov. 1996), pp. 37-71.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães

1954 - *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa.

1959 - *Direito Internacional Privado*, vol. II, AAFDL.

1966 - *Direito Internacional Privado*, vol. I, AAFDL.

1991 - "L'arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire", in *Droit international et droit communautaire*, pp. 55-79.

COLLIER, J. G.

2001 - *Conflict of Laws*, 3ª ed., Cambridge University Press.

CORDEIRO, António Menezes

- 2009 - Manual de Direito Comercial, 2ª Ed.
- 2011a- "Decisões Arbitrais Internacionais e a sua Revisão", IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.
- 2011b - "O costume e os usos no século XXI", in Revista de Direito das Sociedades, Ano III, número 3 (2011), pp. 627- 655.
- 2012 - "A equidade como fonte do Direito", in O Direito, ano 144.º, I, pp. 9-28.

CORREIA, A. Ferrer

- 1985 - Direito Internacional Privado, Alguns Problemas, Coimbra.
- 1989 - "Arbitragem Comercial Internacional", in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, pp. 173-252.
- 1990 - "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", RJL, ano 122, n.º 3787, pp. 289 e ss..
- 1991 - Ann. Inst. dr. int., 64-I.
- 2000 - Lições de Direito Internacional Privado, I, Com a colaboração de Luís Barreto Xavier, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 4ª Reimpressão da Edição de Outubro/2000.

CRAIG, William Laurance

- 1988 - "uses and abuses of appeal from awards 1988, Arbitration International n.º 4, p. 174-277.

DALHUISEN, Jan

- 2004 - Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law, 2ª Ed.

DIAS, João Álvaro

- 2009 - "Como sindicar as decisões arbitrais?", in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. I, p. 735-749.

DOMINGO, Rafael

- 2010 - *The New Global Law*, Cambridge University Press, 1ª ed.

DUFOULEUR, Bernard Fillian- e Philipp LÉBOULANGER,

1994 - Le Nouveau Droit Égyptien de L'arbitrage, Rev. Arb, 1994, 665-682.

DUTOIT, Bernard

1997 - Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987.

EHRENZWEIG, A.

1974 - *Conflicts in a nutshell*, West Publishing CO.

ERDEM, Halil Ercument,

2011 - "The role of trade usages in ICC arbitration", in LIBER AMICORUM en l'honneur de Serge Lazareff, pp. 247-265.

FAZZALARI, Elio

1997 - L'arbitrato, Turim.

FERREIRA, Waldemar M.

1947 - Instituições de Direito Comercial, Vol I, Livraria Editora Freitas Bastos.

1948 - Tratado de Direito Mercantil Brasileiro, 2ª Ed., Vol. I, A História e a Doutrina do Direito Mercantil, Livraria Editora Freitas Bastos.

1960 - Tratado do Direito Comercial, Vol. I, O estatuto histórico e dogmático do direito comercial, São Paulo.

FERREIRA, Vasco Taborda

1959 - "Acerca da Ordem Pública no Direito Internacional Privado", 1-15 e 185-200. RDES X.

FONTES, Tito Arantes e Sofia MARTINS

2012 - "The Role of State Courts within the new Portuguese Arbitration Law: A brief overview", in Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 15/2012.

FOUCHARD, Philippe, E. GAILLARD e B. GOLDMAN.

1996 - Traité de l'arbitrage commercial international, Paris.

FOUCHARD, Philippe

1965 - L'arbitrage Commercial International, Paris.

FRAGISTAS, Ch.

1960 - "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", Revue Critique, n.º 49, p. 1-20.

FRANCK, Susan D.

2000 - "The Liability of International Arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity", in www.papers.ssrn.com.

FRANCESCAKIS, Phocion

1958 - "*La Theorie du renvoi*".

GAILLARD, Emmanuel

1995 - "Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", in *Journal International de Droit*, n.º 122, p. 5-30.

2008 - *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston.

GALGANO, Francesco

1980 - *História do Direito Comercial*, Trad. João Espírito Santo, Lisboa.

GILISSEN, Jonh

2008 - *Introdução Histórica ao Direito*, 5ª Ed., trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros.

GIRSBERGER, Daniel e VOSER, Nathalie

2008 - *International Arbitration in Switzerland*, Schulthess.

GOLDMAN, Berthold

1964 - "*Frontières du droit et <<lex mercatoria>>*", In *Archives de Philosophie du Droit*, Tome IX, pp. 177-192.

1967 - " Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, pp. 119-148 (1966/1969).

1979 - "*La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspective*", *Clunet*, 1979, pp. 475-505.

1983 - "Lex Mercatoria", *Forum internationale* n.º 3.

1987 - "The Applicable Law: General Principles of Law - Lex Mercatoria", in Julian Lew (org). *Contemporary Problems in International Arbitration*, pp. 113-125, Dordrecht.

1991 - *Ann. Inst. dr. int.* 64 - I.

1993 - "Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria", in *Études Pierre Lalive*, p. 241-255.

GOMES, M. Januário da Costa

2013 - *Contratos Comerciais*, Almedina

GOODE, Roy

2000 - "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", in *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Londres, pp. 245-268.

GOTTSCHALK, Eckart, Ralf MICHAELS, Giesela RUHL e Jan VON HEIN

2007 - *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press.

GOUVEIA, Mariana França

2012 - *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2012, 2ª Ed.

HART, Herbert L.A.

2007 - *O Conceito de Direito*, 5ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian

HOLTZMANN NEUHAUS

1989 - *A guide to The Uncitral Model Law On International Commercial Arbitration.*

HARTLEY, Trevor C.

2009 - *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press.

HOUTTE, Hans Van

2002 - *The law of International Trade*, 2ª Ed., Sweet & Maxwell.

International Chamber of Commerce (ICC)

2006 - *Regras e Usos Uniformes da CCI para os Créditos Documentários*, Revisão 2007, UCP 600, ICC.

2010 - *Incoterms*, Regras oficiais da CCI para a utilização dos termos de comércio nacional e internacional, ICC Portugal.

ISHIZAKI, Masaichiro

1928 - *Le droit corporatif international des ventes de soies*, tomo I, Paris.

IVALDI, Paola

1985 - "La volonta delle parti nel contratto di trasporto marittimo: note sulla paramount clause", RDIPP, Anno XXI, n.º 4, 1985.

JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert

1981 - *Droit du Commerce International*, 12ª Ed., Mémentos dalloz.

JALLES, Maria Isabel

1975 - *Direito do Comércio Internacional*, à procura de uma nova dimensão do DIP, Universidade de Coimbra.

JAYME, Erik

1991 - "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport provisoire", Ann. Inst. dr. int. 64-I, pp. 36-52.

JUENGER, Friedrich

1994 - The Inter-American Convention of the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons, *Am. J. Com. L.*, vol. XLII (1994), pp. 381-393.

JUNIOR, Eduardo dos Santos

2005 - "Sobre o conceito do contrato internacional", *In Separata de Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. 1, pp. 161-192.

KAHN, Philippe

1961 - *La vente commerciale internationale*, Paris.

KAY, Herma Hill

2004 - *Conflict of Laws*, Gilbert Law Summaries.

KOHLER, Gabrielle Kaufmann- e RIGOZZI, Antonio

2010 - *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^a Ed.

LANDO, Ole

1984 - "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI*, n.º 189, pp. 223-447.

1985 - "*The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 747-768.

LALIVE, Pierre

1991 - *Ann. Inst. dr. int.* 64-I.

LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS e Stefan M. KROLL

2003 - *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer.

LÓPEZ, Manuel Luis Pancorbo

2009 - "Los usos del comercio en el sistema de fuentes del derecho mercantil", in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Época 3, Año 156, N.º 2, Abril-Junio (2009).

MACHADO, João Baptista

1974 - Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra.

2011 - Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina.

MANN, F. A.

1967 - "Lex Facit Arbitrum", in *International Arbitration Liber Amicorum* for Martin Domke.

MARRELLA, Fabrizio

2003 - *La nuova lex mercatoria: Principi Unidroit ed Usi dei Contratti del Commercio Internazionale. In Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia*, 30.

MARTINEZ-FRAGA, Pedro J.

2009: *The American Influences on International Commercial Arbitration. Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge University Press.

MAYER, Pierre:

1982 - "Le mythe de l'ordre juridique de base", in *Études Berthold Goldman*, pp. 199-215.

1994 - "La sentence contraire a l'ordre public au fond", in *Rev. Arb.* 1994.

MEHREN, Arthur Von

1982: "To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?", in *Études Berthold Goldman*, pp. 217-227, Paris.

1990: "Arbitration Between States and Foreign Entrepises: The Significance of the Institute of International Law's Santiago Compostela Resolution", *International Center for Settlement of Investment Disputes. Foreign Investment Law Journal*, p. 54-64.

MEIRIM, José Manuel

2008 - *Como pesquisar e referir em Direito*, Coimbra Editora.

MENDEZ, Francisco Ramos

1987 - Arbitraje y Proceso Internacional, librería bosch.

MERKIN, Robert

2010 - *Arbitration Law*, Informa.

MIRANDA, Agostinho Pereira e Cláudia LEONARDO

2010 - Lei Angolana de Arbitragem Voluntária: uma análise descritiva, in Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 25, pp. 199-212.

MULLERAT, Ramón

2006 - The liability of Arbitrators: a suvery of current practice, in International Bar Association, Commission on Arbitration, retirado do site www.josemigueljudice-arbitration.com

NEUMAYER, K. H.

1958 - *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, In Revue Critique de Droit International Privé.

OLIVEIRA, Elsa Dias

2012 - *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2012, Ano 5, p. 73-97.

PARK, William

1983 - "*The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*", The International and Comparative Law Quarterly, n.º 32, p. 21-52.

1998 - "Control Mechanisms in the development of a modern lex mercatoria", in Lex Mercatoria and Arbitration, pp. 143-172.

2007 - "Respecting the New York Convention", in ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 18/No. 2, pp. 65- 77.

PAULSSON, Jan

1981 - "Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin", Int. Comp. L. Q. 30: 358-387.

1983 - "Delocalisation of international commercial arbitration: when and why it matters", *Int. Comp. L. Q.* 32: 53-61.

2011 - "Thinking Simply About Public Policy", in *LIBER AMICORUM en l'honneur de Serge Lazareff*, pp. 473-489.

PEINADO, Francisco Lara

1986 - *Código de Hammurabi, Estudio preliminar, traducción y notas, Tecnos.*

PERRET, François

2011 - "Quelques réflexions au sujet de l'application par l'arbitre international du Droit matériel choisi par les parties", in *LIBER AMICORUM en l'honneur de Serge Lazareff*, pp. 491-497.

PETROCHILOS, Georgios

2004 - *Procedural Law, International Arbitration.*

PINA, Carlos Costa

2000 - *Créditos Documentários, As Regras e Usos Uniformes da Câmara de Comércio Internacional e a Prática Bancária, Coimbra Editora.*

PINHEIRO, Luís de Lima

1998 - *Joint venture, contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*, Edições Cosmos, Direito.

2005a - *Direito Comercial Internacional, contratos comerciais internacionais, Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de mercadorias: arbitragem transnacional*, Almedina.

2005b - *Arbitragem Transnacional, A Determinação Do Estatuto Da Arbitragem*, Almedina.

2006a - *Direito Comercial Internacional, o Direito privado da Globalização Económica*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.

2006b - "O direito autónomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, vol. 2, p. 847-886.

2009a - Direito Internacional Privado, Vol. I, Almedina.

2009b - O Novo Regulamento Comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais Roma I : uma introdução, Estudos de Direito Internacional Privado, vol. II.

POUDRET, Jean-François e Sebastian BESSON

2007 - Comparative Law of International Arbitration, 2ª Ed., Thomson / Sweet & Maxwell, Londres.

RAMOS, Rui Moura

1991 - Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional, Coimbra.

RECHSTEINER, Beat Walter

2001 - Arbitragem Privada Internacional no Brasil, 2ª Ed., São Paulo,

REDFERN, Alan e Martim HUNTER

1986 - Law and Practice of Internacional Commercial Arbitration, 2ª Ed., Sweet & Maxwell.

2004 - Law and Practice of Internacional Commercial Arbitration, 4ª Ed., Sweet & Maxwell

RIGAUX, François

1982 - "Souveraineté des États et arbitrage transnational", in Études Berthold Goldman, pp. 261-279

1987 - Droit international privé, vol. I, 2ª Ed., Bruxelas

1989 - "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale" Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, n.º 213, pp. 7-407.

RODAS, João Grandino

2002 - Contratos Internacionais, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, Coordenador João Grandino Rodas.

ROMANO, Santi

1945 - L'Ordinamento Giuridico, 2ª Ed., Florença.

ROZAS, José Fernández

2002 - "Le rôle des juridictions Étatiques devant l'arbitrage commercial international", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, n.º 290, pp. 2-224.

RUTLEDGE, Peter B.

2004 - "Toward a Contractual Approach to Arbitral Immunity", in Georgia Law Review, vol. 39, 151, pp. 151-214.

SANDERS, Peter

1999 - Quo Vadis Arbitration? A Comparative Study, A Haia.

SANTOS, António Marques dos

1987 - "Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntário - lei n.º 31/86, de 29 de Agosto", in Estudos de Direito Internacional Privado e Direito Processual Civil Internacional, Almedina, Coimbra, pp. 255 e ss.

1991 - As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado, Esboço de Uma Teoria Geral, 2 vols., 1ª Edição, Colecção teses, Almedina

SAUSER-HALL, M. G.

1952 - "L'arbitrage en droit international privé. Rapport et projet de Résolutions", pp. 469-613, in Annuaire de l'Institut de Droit International, vol 44, t. I.

SCHMITTHOFF, Clive M.

1956 - Conflict Avoidance in Practice and Theory, 21 *Law and Contemporary Problems* 429-462 (Summer 1956).

1964 - The Sources of the Law of International Trade, Stevens.

1968 - "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions", *International Comparative Law Quarterly*, n.º 17, pp. 551-570.

1981 - Commercial Law in a Changing Economic, 2ª edição, London.

1982 - "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions", in *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. II, pp. 19-31, Deventer.

1988 - "*International Trade Law and Private International Law*", *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on international Trade Law*, pp. 533-545.

1990 - *Schmitthoff's Export Trade, The law & Practice of International Trade*, 9^a Ed., Stevens, London.

SCHWARTZ, Eric A.

2011 - "Thoughts on the finality of arbitral awards", in *LIBER AMICORUM en l'honneur de Serge Lazareff*, pp. 569-577.

SILVA, Paula Costa e

1992 - "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, pp. 893 - 1018.

2007 - "A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras", in *Revista da Ordem dos Advogados*. - Lisboa. - A.67. n.º2 (Set. 2007), pp.629-682.

SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura

1986 - *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Almedina, Coimbra.

SOUSA, João Duarte de e Carlos de los SANTOS

2012 - "The New Portuguese Arbitration Law: An overview of its major innovations", in *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 15/2012.

SILVA, Manuel Botelho da

2004 - *Arbitragem Voluntária, A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, Almedina.

TORRENT, Armando

2010 - "Contratos bancarios e inflación (284-361 d.C.)", O Sistema Contratual Romando: de Roma ao Direito Actual, Coimbra Editora, pp. 233-264.

URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio

2012 - "Concepto, Evolución Histórica y Fuentes del Derecho Mercantil", Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. I, Coordinación María Luisa Aparicio, 10ª Edición, Civitas, 2012.

VICENTE, Dário Moura

1990 - Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito Aplicável ao Mérito da Causa, Coimbra Editora.

2011 - "A execução de decisões arbitrais em Portugal", in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Coimbra, vol. 3, p. 741-749.

2012 - Direito Comparado, Vol. I, 2ª Ed. Almedina.

VISCHER, Frank

1992 - "General Course on Private International Law", RCADI, n.º 232, pp. 9-256.

VRIES, H. de

1978 - "*Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales*", in *Hommage à Frédéric Eisemann, Liber Amicorum*, Paris, Chambre de Commerce Internationale, pp. 115-125.

WOBESER, Claus von

2010 - "The effective use of legal sources: how much is too much and what is the role for *iura novit curia*.", Conference Arbitration Advocacy in Changing Times, The Hearing, ICCA Congress, Rio de Janeiro, May 23-26, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

- Mitsubishi Motor Corp v. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court, 1985 [473 U.S. 614]
- ICC case n.º 7929 [Yearbook Commercial Arbitration, XXV (2000) 313]
- ICC case n.º 8420 [Yearbook Commercial Arbitration, XXV (2000) 330]
- Ad Hoc 4-5-1999 [Yearbook Commercial Arbitration, XXV (2000) 26]
- Hamburg Friendly Arbitration, 29-12-1998 [Yearbook Commercial Arbitration, XXIVa (1999) 16]
- ICC case n.º 10623 [http://italaw.com/documents/Salini_v._Ethiopia_Award.pdf].....
- Ditta Fratelli Damiano v. Ditta August Topfer & Co. GmbH*, 8-2-1982 [RDIPP 18(1982) 829]
- Cour d'appel de Paris, Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d' Iran, 28-06-2001 [Rev. Arb, 2001, 619-620]
- Cour d'appel de Paris, Société Algotharm c/ société DEP, 11-01-1996 [Rev. Arb., 1996, 100 e ss.]
- Cour de Cassation, Gautier c/ Société Astra Plastique [Rev. Arb., 1995, 127 e ss.].
- Cour d'appel de Paris, Société ITP Interpise c/ Hunting Oilfield Services (HOS) [Rev. Arb., 1999, 602 e ss.]
- Yusuf Ahmed Alghanim & Sons WLL v. Toys "R" Us., Inc.* [126F.3d 22] U.S. appellate
- Chromalloy Aerosevices v. Arab Republic of Egypt* [939 F. Supp. 907]
- 2005 SchieldsVZ 308, do Oberlandesgericht de Munique
- Baxter Int'l, Inc v. Abbott Labs* [315F.3d 829] U.S. Appellate
- Montes v. Shearon Lehman Bross., Inc.* [128f.3D 1456]
- Cour de Cassation, Société Hilmarton c/société OTV, 23-03-1994 [Rev. Arb., 1994, 327 e ss.]
- Deutsche Schachtbau v. R'as Al Khaimah National Oil Co.* (1987) [House of Lords]
- Eco Swiss*, TCE 1/6/1999 [Rev. Arb.,1999, 631]