

Artigo

- 03 | Jurisprudência cível e metodologia jurídica – alguns apontamentos, por ocasião dos 50 anos do Código Civil**
Catarina Monteiro Pires

Anotações

- 14 | A colisão entre a liberdade de informação e o direito à honra e ao bom nome – O art. 484.º e a jurisprudência do TEDH – Acórdão do STJ de 13.7.2017, Proc. 3017/11.6TBSTR.E1.S1, anotado por**
Filipe Albuquerque Matos
- 41 | Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017, Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1, anotado por**
Afonso Patrão

Porém, todos estes dados ou informações, quando expostos em determinado contexto, ou com um certo encadeamento, podem constituir fonte para fortes ataques aos direitos de personalidade das pessoas a quem aqueles respeitam. No elenco de circunstâncias ou elementos suscetíveis de converterem dados informativos inócuos em afirmações ofensivas aos direitos de personalidade de outrem, contam-se, entre outros, os exageros expositivos, as descontextualizações, hipóteses, nas quais, pode com toda a probabilidade, estar presente um propósito do agente em distorcer a verdade dos factos.

Destarte, na base da conversão de dados aparente e isoladamente inócuos em afirmações ofensivas podem encontrar-se motivações subjectivas, sendo que a averiguação acerca do carácter ofensivo ou neutro das afirmações encontra-se naturalmente dependente de uma apreciação descomprometida ou objetiva.

Tendo consciência que os elementos ou dados de facto numa primeira análise tidos por inócuos apenas assumem relevo quando apreciados em determinado contexto, então a contextualização ou descontextualização revela-se fundamental para apreciar o carácter ofensivo ou inócuo daqueles⁽⁷²⁾.

Em face de todas estas considerações, sentimos, pois, muita dificuldade em rever-nos no entendimento do Acórdão do STJ, de acordo com o qual existem factos inexatos ou inverídicos, que atenta na sua natureza, não são suscetíveis de atingir os direitos à Honra e consideração pessoal do visado.

⁽⁷²⁾ Torna-se necessário o intérprete proceder à apreciação dos eventos noticiosos *in totum*, ou seja, na sua globalidade. Na verdade, poderemos deparar-nos com os factos em si mesmos verídicos, ou inexatos aparentemente, mas em virtude, da técnica narrativa utilizada (exageros expositivos, incompletude das notícias, descontextualização dos assentos ...), acabam por ser considerados inexatos, ou com potencialidade ofensiva, para os respetivos destinatários, cfr, a este propósito, o nosso estudo *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, cit., pp. 452 e segs.; ROBERTO PARDOLES, "Responsabilità Civile-Diffamazione a Mezzo Stampa Diritto di-Limiti -", in *Foro Italiano*, 1984, I, p. 2713.

Para além disso, esta posição parece-nos excessivamente generosa ou amiga da tutela da Liberdade de Expressão, ignorando desde há muito a discussão travada na doutrina e na jurisprudência em torno da admissibilidade da responsabilização do agente por factos verdadeiros. Com efeito, se em relação a um contexto, relativamente ao qual não se suscitam particulares dúvidas quanto ao surgimento da responsabilidade no âmbito do art. 484.º – os factos falsos, o Acórdão do STJ de 13 de julho levanta, em termos genéricos obstáculos tão significativos, então parece estar longe do horizonte desta linha de orientação nele seguida aceitar a admissibilidade da responsabilização por factos verdadeiros.

Na verdade, temos sempre advogado a este propósito que, a divulgação de factos verdadeiros, pode, atento o respetivo contexto, revelar-se particularmente ofensiva dos direitos à Honra e Reputação dos visados⁽⁷³⁾, implicando, assim, qualquer decisão ponderada sobre esta matéria uma particular análise das circunstâncias do caso. Razão pela qual a formulação pelo STJ de conclusões tão genéricas, sem referência a válvulas de escape ou ressalvas particulares, não se nos afigura uma posição muito correta, traduzindo antes uma postura unilateralista e muito simplista, para não dizer superficial, na apreciação do conflito de direitos em análise – Liberdade de Expressão *versus* Bom Nome e Reputação.

FILIFE ALBUQUERQUE MATOS

⁽⁷³⁾ Aliás, uma tal perspectiva tem tido ao longo dos anos particular acolhimento na jurisprudência nacional – cfr., a este propósito, Acórdão do Supremo Tribunal de 14/2/2012, de acordo com o qual a tutela civil da honra abrange "... facto ou opinião informativa sejam ou não verdadeiros, desde que os mesmos sejam suscetíveis, dadas as circunstâncias do caso, de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que seja tida..." (acórdão este obtido por unanimidade, cfr. www.dgsi.pt).

Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

de 26.9.2017, Revista n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1

I – Aos termos da acção de anulação de acórdão proferido no âmbito de arbitragem que, embora realizada em Portugal, deva considerar-se internacional, por ter posto em jogo interesses do comércio internacional, são aplicáveis as disposições da LAV (Lei n.º 63/2011) relativas à arbitragem interna, podendo tal decisão ser anulada se o tribunal estadual competente verificar que o seu conteúdo ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

II – A ordem pública internacional tem como características: (i) a imprecisão; (ii) o cariz nacional das suas exigências (que variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles); (iii) a excepcionalidade (por ser um limite ao reconhecimento de uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada); (iv) a flutuação e a actualidade (intervém em função das concepções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe); e (v) a relatividade (intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado português).

III – Trata-se, assim, de um conceito indeterminado que, como os demais, em qualquer ordem jurídica, terá de ser concretizado pelo juiz no momento da sua aplicação, tomando em conta as circunstâncias particulares do caso concreto; porém, a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da decisão.

IV – O controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado não se confunde com revisão: o juiz não julga novamente o litígio

decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se a sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro; ainda assim, quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença por este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo tribunal.

V – Mesmo que não seja possível determinar, a priori, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é informado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevoância, integram a Constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional.

VI – Considerando, porém, que os aludidos princípios possuem um conteúdo normativo amplo ou indeterminado, a invocação da sua violação, como fundamento da anulação de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições e daí que a contrariedade à ordem pública internacional do Estado português, a que alude o art. 46.º,

n.º 1, e n.º 3, alínea b), ii), da LAV, pressupõe que essa decisão conduza a um resultado intolerável e inassimilável pela nossa comunidade, por constituir um patente, certo e efectivo atropelo grosseiro do sentimento ético-jurídico dominante e de interesses de primeira grandeza ou princípios estruturantes da nossa ordem jurídica.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

“AA, SA e BB, SA instauraram a presente acção contra CC, SA (adiante abreviadamente denominada sociedade concessionária), Banco DD, SA, Banco EE, SA, Banco FF, Banco GG, SA (anteriormente denominada por Banco HH), Banco II (anteriormente denominada Banco JJ, SA), Banco KK (anteriormente denominado Banco LL), Banco MM e Banco NN, visando a anulação do acórdão proferido no âmbito da arbitragem realizada em Lisboa e requerida pelas aqui AA e outros (entre os quais a OO, SA) contra a R sociedade concessionária e outros, com o objectivo de dirimir o litígio resultante da divergência de interpretação das partes sobre o conteúdo e alcance da obrigação de prestação de fundos próprios, através da realização de prestações acessórias, no contexto da concessão do Túnel do

Mediante tal acórdão, fora decidido (com um voto de vencido) condenar as AA a pagar à R CC, a título de prestações acessórias, as quantias correspondentes à diferença entre o valor que já haviam pago a tal título e o valor máximo que estavam obrigadas a pagar, acrescidas de juros sobre os valores em causa desde 17/5/2012 até à data de pagamento, com os seguintes montantes: € 25 319 314,41 (a A AA) e € 468 876,19 (a A BB).

Para alicerçar a respectiva pretensão, as AA invocaram, em síntese, a falta de fundamentação da decisão arbitral bem como a sua violação da ordem pública do Estado português, por constituir um grave desequilíbrio na regulação dos interesses das partes e uma intolerável violação dos princípios da boa-fé, da liberdade de estabelecimento e de iniciativa económica, do abuso de direito e da autonomia da vontade, ao impor soluções desproporcionais e desequilibradas atentatórias do princípio da justiça material e implicar a atribuição integral do risco de frustração de uma actividade a uma das partes, uma

responsabilidade insuportável dos accionistas que estes jamais assumiram expressamente e a descon sideração ilegítima da personalidade da sociedade concessionária.

As RR, Banco DD, Banco NN e Banco EE, adiante conjuntamente identificadas como “bancos”, deduziram oposição, defendendo, em suma, que a fundamentação da acção não é apta a con substanciar qualquer ofensa dos princípios de ordem pública internacional do Estado português ou falta de fundamentação, esgotando-se na discordância relativamente à decisão arbitral. A essa oposição aderiram as RR, Banco FF, Banco II, Banco KK e Banco MM.

A Relação de ..., julgando a acção improcedente, absolveu as RR do pedido.

As AA interpuseram recurso desse acórdão da Relação, que designaram de apelação mas que foi recebido neste Tribunal como sendo de revista, cujo objecto delimitaram com as seguintes conclusões:

«A. O presente recurso deve ser admitido como de apelação, em razão de o Tribunal a quo ter julgado a acção de anulação em primeira instância;

B. Caso assim não se entenda, por aplicação do princípio da equiparação das decisões arbitrais às decisões judiciais, sempre deve o presente recurso ser admitido como de revista, não se aplicando, nesta hipótese, a limitação decorrente da chamada “dupla conforme”;

C. A decisão arbitral objeto de impugnação no âmbito da acção de anulação viola o princípio da boa-fé ao impor uma solução desequilibrada e injusta ao exigir aos promotores que, não obstante a frustração do projeto, realizem os seus fundos próprios com o único objetivo de minorar as perdas dos bancos financiadores, eximindo-os, assim, em certa medida, do risco que assumiram e que não acautelaram;

D. O princípio da boa-fé impõe que se alcance uma solução justa, sobretudo quando a mesma é imposta pelo tribunal face à ausência de regulamentação expressa das partes contratantes. A boa-fé exige que as soluções impostas sejam efetivamente avaliadas de acordo com as consequências que as mesmas acarretam;

E. A decisão arbitral objeto de impugnação no âmbito da acção de anulação viola o princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade;

F. A decisão arbitral, ao sujeitar as Autoras ao cumprimento de uma obrigação que não declararam, quando essa declaração expressa se revelaria essencial, restringe a sua liberdade contratual;

G. Trata-se de uma obrigação imposta ou ditada sem correspondência na vontade expressa, declarada, do contraente. A decisão arbitral modela o conteúdo da obrigação sem correspondência com a vontade expressa do contraente, quando a mesma é, ou devia ser, fundamental à sua existência. Nesta medida, a decisão arbitral viola o princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade;

H. Ao contrário do que é afirmado no acórdão recorrido, as Recorrentes não pugnam por uma solução em que todos perdem muito, menos elas, que perdem pouco ou nada;

I. A decisão arbitral conduziu a um resultado manifestamente desequilibrado, ao condenar os promotores no cumprimento da obrigação de realizar as prestações acessórias, apesar de o projeto se ter impossibilitado;

J. Uma vez concluído que o quadro contratual não previa uma resolução para o problema, não se poderia ter chegado ao desequilíbrio manifesto pela via da integração de lacunas;

K. A sentença arbitral violou, assim, princípios da ordem pública internacional do Estado Português, como o princípio da boa-fé e o princípio da autonomia da vontade, sendo, por essa razão, anulável em face do disposto no artigo 46.º, n.º 3, alínea b), ii), da LAV;

L. Os princípios da boa-fé e da proporcionalidade, assim como o princípio da autonomia da vontade, integram a ordem pública internacional do Estado Português, e que, uma vez violados, acarretam a anulabilidade da decisão proferida;

M. A sentença arbitral constitui entende-se, pelas razões expostas, uma violação inadmissível da liberdade de iniciativa económica, expressa no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, entendida como a liberdade de reger livremente a organização em que assenta a empresa constituída para a prossecução de uma atividade.»

As RR recorridas (donas de bancos) apresentaram contra-alegações.

A este Tribunal impõe-se o enquadramento fáctico considerado fixado e relevante pela Relação na apreciação da decisão arbitral, entre o qual emergem os seguintes elementos:

1. O Caso Base integrado no Contrato de Concessão contempla o «Equity Bridge Facility» do «Facility Agreement» e a «Part D Loan» do «EIB Facility Agreement»;

2. O Caso Base integrado no Contrato de Concessão considera o «Equity Bridge Facility» do «Facility Agreement» e a «Part D Loan» do «EIB Facility Agreement» como Fundos Próprios, para efeitos da relação entre Fundos Próprios e Fundos Alheios.

3. Do Caso Base integrado no Contrato de Concessão resulta que o reembolso da «Equity Bridge Facility» seria feito com dinheiros pagos a título de Prestações Acessórias (nele designadas como «Prestações Suplementares»).

4. Do Caso Base integrado no Contrato de Concessão resulta que o reembolso da «Part D Loan» do «EIB Facility Agreement» seria feito com dinheiros pagos a título de Prestações Acessórias.

5. Do Caso Base resulta que, no final de cada um dos semestres do período de construção, as percentagens de Fundos Próprios e de Fundos Alheios seriam as seguintes:

(omissis)

9. As Demandantes OO contrataram com o Banco PP os dois financiamentos referidos nos n.ºs 102 a 106 dos «Factos não Controversos», que vencem juros nos termos aí referidos;

– Nos termos desses contratos, as Demandantes OO estão obrigadas ainda a pagar ao banco financiador comissões de gestão, à taxa anual de 0,5% sobre o capital financiado;

– Sobre o valor dos financiamentos, o dos respectivos juros e o da comissão de gestão incide imposto de selo, às taxas legais;

– A execução das garantias bancárias, nomeadamente por ter levado a um aumento do endividamento, numa óptica consolidada, do grupo societário que as Demandantes OO integram, contribuiu tendencialmente para o agravamento do custo do financiamento do mesmo grupo societário;

– As Demandantes OO partilham os custos dos financiamentos obtidos por uma das sociedades holding do grupo que integram de que beneficiam.

10. Por carta datada de 11 de julho de 2012, a Demandada CC desencadeou arbitragem contra o Concedente com o objectivo de, além do mais, ver declarado (i) o incumprimento definitivo pelo Concedente da obrigação de proceder à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão e, subsidiariamente, (ii) a impossibilidade definitiva de cumprimento das obrigações emergentes do Contrato de Concessão, por motivos não imputáveis à Concessionária e (iii) a resolução do Contrato de Concessão;

11. Por despacho do Secretário de Estado das Finanças e do Secretário de Estado das Obras Públicas de 17 de junho de 2013, com o n.º 7841-C/2013, o Estado decidiu rescindir o Contrato de Concessão;

12. Em 31/12/2011, os contratos de cobertura de cobertura de risco de taxa de juro celebrados pela Demandada CC tinham um valor negativo potencial de 79 042 179,007’;

13. Os valores reclamados à Demandada CC pelos Hedging Banks em agosto de 2012 com base na «early termination» dos contratos de cobertura de risco de taxa de juro somavam € 98 159 731,12.

Cumprir decidir.

A decisão objecto de impugnação por via da presente ação foi proferida no âmbito de arbitragem que, embora realizada em Lisboa, deve considerar-se internacional, por ter posto em jogo interesses do comércio internacional, atendendo à localização dos interesses de uma parte das empresas (bancos financiadores) nela envolvidas. Por isso, nos termos do art. 49.º da LAV (Lei n.º 63/2011), são-lhe aplicáveis as disposições desta lei relativas à arbitragem interna.

Não obstante essa natureza (internacional) da arbitragem, flui, necessariamente, do antecedentemente relatado que o litígio que lhe foi submetido tinha uma conexão substancial quase total – não meramente intensa – com o território nacional, onde a mesma foi localizada. As recorrentes visaram a anulação do acórdão proferido no âmbito dessa arbitragem, invocando, para estribar essa sua

pretensão: i) a falta de fundamentação da decisão; ii) e a violação pela mesma da ordem pública do Estado Português, por ofender os diversos princípios arrolados.

Como se verifica pela leitura das conclusões delimitadoras do objecto do recurso, a pretensão das recorrentes circunscreve-se, agora, apenas ao segundo desses fundamentos cujo preenchimento as mesmas se propuseram demonstrar com o putativo atropelo dos princípios da boa-fé, da proporcionalidade, da autonomia da vontade e da liberdade de iniciativa económica e de estabelecimento.

Perante os termos da pretensão anulatória, que constitui o objecto deste recurso de revista, constata-se que, realmente, o art. 46.º, n.º 3, alínea b), ii), da LAV, estatui que a sentença arbitral pode ser anulada se o tribunal estadual competente verificar que o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

O princípio da autonomia privada reconduz-se a uma permissão genérica de conduta a todos os sujeitos da ordem jurídica, possibilitando-lhes estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica, através da liberdade de celebração do contrato e de fixação de conteúdo do mesmo. Porém, a constatação de ter havido um abuso ou um aproveitamento excessivo da autonomia privada implica o reconhecimento de que o contrato não assentou numa igualdade jurídico-económica, ou seja, afinal, em tal autonomia, o que conduz à contenção da liberdade contratual, mediante a intervenção do Estado, no interesse colectivo, munido dos comandos resultantes, tanto da falada cláusula da “ordem pública”, como dos da boa-fé e dos “bons costumes”.

Ora, a constatação de a arbitragem, em si mesma, ter como corolário o princípio da autonomia privada – que rege as relações dos particulares entre si, fundadas na sua igualdade jurídica e na sua autodeterminação – não colide com a aplicação de tal cláusula ao resultado de uma decisão arbitral com que se tenha pretendido solucionar um litígio emergente de uma situação da vida real, porquanto a reserva por ela imposta visa, precisamente, estabelecer limites a essa autonomia face a outros princípios ou valores que o ordenamento quer preser-

var. Com efeito, a ordem pública é um elemento limitador da liberdade das partes em contratar.

Deparamos, pois, com uma cláusula geral cuja actuação, à partida, não pode ser arredada apenas por estar em causa a “confirmação” de uma decisão com origem na autonomia privada, tanto quanto ao seu desencadeamento como ao mecanismo nela usado para solucionar o litígio que lhe foi submetido.

Com efeito, uma interpretação que fosse ao ponto de, quaisquer que fossem os particulares contornos dum caso em apreciação, considerar vedada a intervenção da reserva da ordem pública internacional em relação ao resultado da aplicação do contratualmente estipulado pelas partes no âmbito da respectiva autonomia conduzir-nos-ia, na prática, não apenas à proscrição da citada norma – porque a mesma, evidentemente, só se justifica para limitar, precisamente, a autonomia privada diante de outros princípios ou valores que o ordenamento jurídico quer preservar – como à eventual afronta de princípios e valores fundamentais plasmados na nossa Constituição, de cujo primado já decorre a informação e a conformação de tal reserva.

Trata-se, portanto, de um conceito indeterminado, que, como os demais, em qualquer ordem jurídica, terá de ser concretizado pelo juiz no momento da sua aplicação, tomando em conta as circunstâncias particulares do caso concreto.

Estão profusamente exibidos nestes autos, nomeadamente na decisão recorrida, os múltiplos contributos, abstractamente, oferecidos pela jurisprudência e pela doutrina na difícil tentativa de atenuar a vaguidade e a fluidez do conceito da “ordem pública internacional”. Não se justificando a inútil reprodução desses contributos, salientaremos apenas alguns dos pontos desse tema com mais estreita pertinência ao caso concreto, com a consciência de que se procura, não uma definição mas, sim, o estabelecimento, com valor aproximativo, de critérios de orientação.

Contudo, pensamos não poder ser dispensada a referência às recomendações da Associação de Direito Internacional (ILA), para a atenção dos tribunais estaduais, a fim de facilitar a consistência e previsibilidade na interpretação e aplicação da

ordem pública, por reconhecer a importância da finalidade na arbitragem, mas também o papel da ordem pública na defesa de princípios fundamentais. De entre tais recomendações, destacamos as seguintes:

– A finalidade das decisões obtidas no âmbito da arbitragem comercial internacional deve ser respeitada excepto em circunstâncias excepcionais, que podem advir, em particular, de o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral internacional ser contra a ordem pública internacional (1, a e b).

– A expressão “ordem pública internacional” é usada nas recomendações para designar o conjunto de princípios e regras reconhecidas por um estado, que, pela sua natureza, pode impedir o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral proferida no âmbito da arbitragem comercial internacional, quando o reconhecimento ou a execução da referida sentença implique a sua violação por conta do procedimento nos termos do qual ele foi processado (ordem pública processual internacional) ou de seu conteúdo (ordem pública substancial internacional) (1, c).

– A ordem pública internacional de qualquer estado inclui: (i) os princípios fundamentais, relativos à justiça ou moral, que o Estado deseja proteger mesmo quando ele não está directamente em causa; (ii) regras concebidas para servir os interesses políticos, sociais ou económicos essenciais do estado, sendo estas conhecidas como “lois de police” ou “regras de ordem pública” (1, d).

– Um exemplo de um princípio fundamental substantivo é a proibição de abuso de direito (1, e).

– A fim de determinar se um princípio que faça parte do seu sistema jurídico deve ser considerado suficientemente fundamental para justificar a recusa do reconhecimento de uma sentença, o tribunal deve levar em conta, por um lado, o carácter internacional do caso e sua conexão com o sistema jurídico do foro e, por outro lado, a existência ou não de um consenso entre a comunidade internacional no que se refere o princípio em questão (convenções internacionais podem evidenciar a existência de tal consenso) (2, b).

– O tribunal só deve recusar o reconhecimento

de uma sentença que poria em prática uma solução proibida por uma regra de ordem pública, formando parte do seu próprio sistema jurídico quando: (i) o escopo da referida regra se destina a abranger a situação em apreço; e (ii) o reconhecimento da sentença manifestamente perturbaria essenciais interesses políticos, sociais ou económicos, protegidos pela regra (3, b).

– Quando a violação de uma regra de ordem pública do foro não poder ser verificada através da mera revisão da sentença, só se tornando aparente após um exame minucioso dos factos do caso, o tribunal deve ser autorizado a realizar tal reavaliação dos factos (3, c).

Em termos muito genéricos, o conceito da ordem pública internacional caracteriza-se pela sua já referida imprecisão, pelo cariz nacional das suas exigências – que variam de estado para estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles –, pela excepcionalidade – por ser um limite a uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada –, pela flutuação e pela actualidade – intervém em função das concepções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe – e pela relatividade – intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado português.

Realçaremos a importância deste último vector, também reconhecida nas citadas recomendações da ILA (2-b), com o apoio do pensamento de Baptista Machado:

«Da função assinalada à o. p. podemos já concluir que ela se flexa à curvatura concreta da situação, que leva em si uma medida que varia conforme as circunstâncias concretas do caso.

Ora, segundo a doutrina dominante, a dita excepção ou reserva vê-se desde logo balizada na sua intervenção pelo facto de o juiz a não poder fazer valer senão “quando uma ligação estadual de intensidade ‘primária’ torne efectiva a dissonância entre a *lex fori* e a lei estrangeira” (Gutzwiller). O caso deveria apresentar uma ligação suficientemente estreita com a ordem do foro para que se justificasse a intervenção da ordem pública. É este também um dos importantes ensinamentos de Kahn. A existên-

cia de uma conexão com o Estado local (“*Binnenbeziehung*”, “*Inlandsbeziehung*”) importaria de maneira decisiva para a intervenção da ordem pública.

Este ponto de vista merece ser acolhido, em princípio. Como afirma Niederer, a questão da exigência ou não exigência de uma conexão do caso com a lei do foro depende em última análise de se identificar o objecto tutelado pela ordem pública, os princípios e ideais da própria ordem jurídica, com o conceito de uma justiça absoluta em si ou com o conceito de uma justiça apenas relativa. Partindo do único suposto razoável “de que nenhum humano sentimento jurídico, por mais perfeito que seja, pode valer como expressão da justiça divina absoluta” (Niederer), de que, portanto, esse sentimento jurídico depende do tempo, lugar e outras circunstâncias; deverá afirmar-se a exigência de uma ligação da hipótese à ordem jurídica do foro como pressuposto da intervenção da o. p.

Com efeito, é somente então, dada essa conexão com a *lex fori*, seja ela qual for (nacionalidade ou domicílio/de uma das partes, etc.), que o caso virá a ter impacto no ordenamento da *lex fori*, enquanto, ordem jurídica efectiva (...); ganhando, assim, aquela divergência entre a *lex fori* e a lei estrangeira relevância decisiva, em virtude de se poder vir a criar uma situação jurídica que, como corpo estranho e inassimilável, ficaria a “poluir” o dito ordenamento do foro.

Por outro lado, reconhecida a relatividade do conceito de justiça, já estará certo exigir do juiz que renuncie ao seu próprio sentimento jurídico, local e temporalmente condicionado, sempre que a hipótese não apresente qualquer relação com as circunstâncias de lugar e de tempo nas quais e das quais nasceu, afinal, tal conceito de justiça.»

Como se vê, o conceito indeterminado, caracterizado como noção funcional, opera, simplesmente, ao nível do caso concreto – e em função dos seus particularismos – e a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da decisão.

Depois, não se confunde com revisão o controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado do foro: o juiz, ao apreciar a sentença arbitral em questão, não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se tal sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro: «O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas», como estatui o art. 46.º, n.º 9, da LAV, pelo que, a apreciação de uma alegada violação de ordem pública internacional, não podendo envolver um reexame do mérito da decisão, deve limitar-se, numa avaliação *prima facie*, aos casos de aparente ou manifesta contradição com os princípios que integram essa ordem, ponderando a situação que a decisão estabelece e não os fundamentos em que esta assenta.

Ainda assim, convém esclarecer que, tratando-se de se verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença, por este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo Tribunal. Tendo a aludida contrariedade natureza, necessariamente, substancial, não se alcança a sua constatação sem que tal exame passe também pelo raciocínio trilhado até ao dispositivo da sentença – o que, evidentemente, não se identifica com um novo julgamento do litígio, ou um reexame dos respectivos fundamentos de facto e de direito. É o que, afinal, também sugere a ILA, como acima se viu (recomendação 3-c).

Por fim, está pacificamente adquirido que a cláusula geral da ordem pública internacional veicula princípios e normas fundamentais em que se baseia a ordem jurídica, económica, social e ética da comunidade (do foro), fazendo actuar os valores aos mesmos imanentes de modo a impedir a consagração de uma determinada decisão arbitral.

Contudo, não sendo possível determinar, *a priori*, o conteúdo dessa cláusula, manifestam-se algumas nuances na formulação do conjunto de regras que a delimitam, assim como em relação à

interpretação sobre o grau de contrariedade do que resultaria da “ratificação” da decisão arbitral à ordem pública internacional do Estado impetrado, até porque, como se disse, só perante as concretas circunstâncias do caso se poderá aferir a intolerabilidade da violação de um determinado princípio ou norma fundamental. E, realmente, tratando-se de um conceito abstracto, a avaliação a incidir sobre tais princípios e normas fundamentais deve centrar-se mais na sensibilidade axiológica do que na tentativa da sua evidenciação positiva.

De todo o modo, é latamente consensual a ideia de que o conteúdo dessa cláusula é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que pela sua relevância, integram a constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo, os que tutelam direitos fundamentais, que não só informam mas também conformam a ordem pública internacional: a Constituição reflecte os valores mais importantes que conformam o plano estrutural ou a ordem jurídica fundamental de uma comunidade nacional, pelo que é nas normas de hierarquia constitucional que repousa a ordem pública internacional do Estado, como já anotámos *supra*.

O mesmo sucede, entre nós, com os princípios fundamentais de Direito da União Europeia. E são, ainda, referenciados como integrando a ordem pública internacional de cada Estado, princípios fundamentais como os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária quanto de fonte nacional. Porém, dado possuírem um conteúdo normativo amplo ou indeterminado – ainda que mais nuns casos do que noutros –, a invocação da sua violação, como fundamento da anulação de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições.

E é esse o sentido interpretativo que, de um modo ou outro, vinha e vem sendo apontado, em geral, pela jurisprudência e pela doutrina. Para além dos que já foram sendo referenciados, vejamos alguns outros exemplos:

Baptista Machado: «resultado intolerável [traduzido, no plano psicológico, por uma reacção fortemente desaprovadora do seu espírito de jurista, formado no estudo do direito interno], “quer do ponto de vista do comum sentimento ético-jurídico (‘bons costumes’), quer do ponto de vista dos princípios fundamentais do direito português: algo de inconciliável com as concepções jurídicas que alicerçam o sistema” [cfr. Ferrer Correia, Anteprojecto de 1951, nota ao art. 34.º («Boletim do Min. da Justiça», n.º 24)]».

Ferrer Correia: «(...) produziria um resultado absolutamente intolerável para o sentimento ético-jurídico dominante, ou lesaria gravemente interesses de primeira grandeza da comunidade local»; «(...) um resultado intolerável».

Oliveira Ascensão: [princípio que] «aos olhos da comunidade nacional será considerado como essencial para a vida colectiva (...) valorações económicas, sociais e políticas de que a sociedade não pode prescindir, mas operando em cada caso concreto para afastar os resultados chocantes eventualmente advenientes da aplicação da lei estrangeira».

Robin de Andrade: «(...) se essa violação for patente, ou aparente, na própria sentença».

As linhas orientadoras com que nos balizamos, sinopticamente expostas, permitem agora afirmar que a sentença arbitral, que constitui o objecto desta acção, não conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português, pelo que deve ser recusado o pedido da sua anulação, razão pela qual deve ser confirmada a decisão recorrida. Concretizando:

Como se disse, não se cuida aqui de especular sobre uma hipotética divergência entre as regras de direito que foram utilizadas na decisão arbitral e as que seriam aplicadas pelos tribunais estaduais ou de aquilatar da adequação da fundamentação de facto ou de direito por estes usada na concretização das estatuídas consequências do (declarado) incumprimento pelas AA da obrigação de aportação de fundos próprios – através da realização de prestações acessórias –, não obstante o colapso do projecto (construção) em causa, nem, também, de aferir da bondade do entendimento expresso na questionada decisão de que, tendo em conta o fim

e o papel de cada uma das parceiras na economia do contrato, a solução nela definida procurou o equilíbrio das prestações ou a justiça contratual e corresponderia ao que as contraentes teriam estipulado, à luz dos ditames da boa-fé, se tivessem previsto e regulado a hipótese de fracasso de tal projecto.

É indiferente o direito aplicado ao fundo da causa na sentença em questão, já que se trata apenas de saber se o respectivo resultado afronta, pelo seu conteúdo, princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, a ponto de esta não poder tolerar que ela constitua solução válida e vinculativa para o litígio sobre que versou.

E, por idênticas razões, também não cabe nesta averiguação o mérito da avaliação feita pela maioria dos árbitros quanto ao equilíbrio dos interesses em jogo perante a substancial disparidade das contribuições para o projecto esperadas, por um lado, das AA – empresárias, investidoras e promotoras do projecto (construção) – e, por outro, das RR (bancos) – que, sendo, essencialmente, mutuantes ou financiadoras, não controlavam a construção, onde o projecto colapsou. Realmente, visitando o raciocínio percorrido nessa decisão, constata-se que nela se chegou ao enunciado desfecho condenatório com considerandos da seguinte ordem (*sic*):

«(...) É certo que todas essas contribuições pretendiam concorrer para o êxito do Projecto, mas não é menos certo que:

– As Demandantes desempenhavam, no essencial, o papel de empresárias-investidoras, investindo capitais cuja remuneração estava indexada ao grau de êxito do Projecto;

– Os Demandados Bancos desempenhavam, no essencial, o papel de mutuantes, investindo capitais cuja remuneração não estava indexada ao grau de êxito do Projecto;

O facto de, no *ticot finance* geral e no caso concreto, os financiadores confiarem em que o projecto gera(ria) os meios financeiros necessários ao reembolso dos seus créditos não retira a tais créditos o essencial da natureza de mútuos, até porque, no *ticot finance* geral e no caso concreto, os financiadores não renuncia(ra)m totalmente ao “recurso” sobre o património dos promotores;

A ligação contratualmente estabelecida entre as contribuições das Demandantes e as dos Demandados Bancos não respeitava ao risco. Na esfera do risco (incluindo proveito potencial) não havia igualdade, mas a diversidade que ficou assinalada.»

«(...) do conjunto de contratos em causa não resulta que as Demandantes, por um lado, e os Demandados Bancos, por outro, fossem parceiros em igualdade de condições (*rectius*, com o mesmo tipo e qualidade de risco e retorno esperado), pois a natureza da suas contribuições era diversa – às das Demandantes estavam associados riscos e proveitos de certo tipo e às dos Demandados Bancos estavam associados riscos e proveitos de tipo diverso. Na esfera do risco (e também do proveito potencial) não havia igualdade, mas a diversidade que ficou assinalada (cabendo às Demandantes, no essencial, o papel de empresárias-investidoras e aos Demandados Bancos, no essencial, o papel de mutuantes)».

Ora, só com uma avaliação que nos reconduzisse a um remate radicalmente diferente poderia fazer sentido admitir a ponderação da assacada incompatibilidade do dispositivo da decisão, cuja anulação se pretenderia, com a ordem pública internacional do Estado português. Não devendo ser controlada a exactidão das apreciações de facto ou de direito inerentes a esse raciocínio ou o eventual erro que possa ter afectado a avaliação em que se ancorou a decisão, não se vislumbra como se configuraria o alegado atropelo manifesto dos princípios da boa-fé, da proporcionalidade, da autonomia da vontade e da liberdade de iniciativa económica e de estabelecimento, invocados pelas recorrentes.

Com tal pressuposto, o efeito jurídico que a aplicação de tal raciocínio produziu não é incompatível – muito menos, manifestamente – com os postulados basilares da ordem pública internacional do Estado português, quaisquer que sejam as luzes ou os termos usados para preencher tal conceito indeterminado.

Relembre-se: está em causa a condenação das AA a pagar à CC, a título de prestações acessórias, as quantias de € 25 319 314,41 e € 468 876,19, correspondentes à diferença entre o valor que já haviam pago a tal título e o valor máximo que estavam obrigadas a pagar, no contexto da concessão

do Túnel do ... e na sequência na frustração de tal projecto.

Trata-se de montantes que não colidem estrondosamente com os nossos bons costumes, pois atingem uma ordem de grandeza que não pode ser considerada absolutamente desproporcionada aos riscos inerentes à obtenção dos compreensíveis proveitos que as AA poderiam esperar do investimento a que, consciente e deliberadamente, se dedicaram, no exercício da sua própria autonomia privada e da liberdade de iniciativa económica, com a decorrente liberdade de regerem livremente a organização em que assentavam as empresas por elas constituídas para a livre prossecução das suas atividades.

No caso, atendendo às descritas circunstâncias, não é “gritante” nem “salta aos olhos” – como se preferir – que tais montantes são opressivamente desmesurados ou exagerados, com frontal desrespeito por um dos mais basilares princípios estruturantes da nossa comunidade juridicamente organizada, ou da proporcionalidade (ou da proibição do excesso), que também abarca os princípios ou ideias da conformidade ou adequação de meios e da necessidade.

O que também significa que a decisão criticada pelas recorrentes – cujo raciocínio nos limitámos a percorrer – não gera qualquer inquietação nem a solução nela assumida se pode encarar como sendo desequilibrada e injusta a um ponto que a torne inconciliável «com superiores ditames de justiça material, com o princípio da boa-fé (art. 762.º, n.º 2), designadamente» e, por isso, não acomodável na nossa ordem jurídica.

Na nossa perspectiva, atendendo, apenas, à solução adoptada – sem cuidar da sua adequação ao direito que teve por aplicável –, consideramos, pois, já suficientemente assente que, não sendo patente, certo e efectivo qualquer atropelo grosseiro do sentimento ético-jurídico dominante e de interesses de primeira grandeza da nossa comunidade, a questionada sentença arbitral não conduziu a um resultado chocante, intolerável e inassimilável pela ordem pública internacional do Estado português.

Tudo visto e com a fundamentação exposta, o recurso improcede.

Síntese conclusiva:

1 – Aos termos da acção de anulação de acórdão

proferido no âmbito de arbitragem que, embora realizada em Portugal, deva considerar-se internacional, por ter posto em jogo interesses do comércio internacional, são aplicáveis as disposições da LAV (Lei n.º 63/2011) relativas à arbitragem interna, podendo tal decisão ser anulada se o tribunal estadual competente verificar que o seu conteúdo ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

2 – A ordem pública internacional tem como características: (i) a imprecisão; (ii) o cariz nacional das suas exigências (que variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles); (iii) a excepcionalidade (por ser um limite ao reconhecimento de uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada); (iv) a flutuação e a actualidade (intervém em função das concepções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe); e (v) a relatividade (intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado português).

3 – Trata-se, assim, de um conceito indeterminado que, como os demais, em qualquer ordem jurídica, terá de ser concretizado pelo juiz no momento da sua aplicação, tomando em conta as circunstâncias particulares do caso concreto; porém, a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da decisão.

4 – O controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado não se confunde com revisão: o juiz não julga novamente o litígio decidido pelo tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se a sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro; ainda assim, quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença por

este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo tribunal.

5 – Mesmo que não seja possível determinar, *a priori*, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a Constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional.

6 – Considerando, porém, que os aludidos princípios possuem um conteúdo normativo amplo ou indeterminado, a invocação da sua violação, como fundamento da anulação de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições e daí que a contrariedade à ordem pública internacional do Estado português, a que alude o art. 46.º, n.º 1, e n.º 3, alínea b), ii), da LAV, pressupõe que essa decisão conduza a um resultado intolerável e inassimilável pela nossa comunidade, por constituir um patente, certo e efectivo atropelo grosseiro do sentimento ético-jurídico dominante e de interesses de primeira grandeza ou princípios estruturantes da nossa ordem jurídica.

Decisão

Pelo exposto, acorda-se em negar a revista e confirmar o acórdão recorrido.

Custas pelas recorrentes.

Lisboa, 26 de Setembro de 2017.

Alexandre Reis (Relator) – Lima Gonçalves – Cabral Tavares

Anotação

Pretende tratar-se apenas uma questão a propósito deste aresto: o conceito de *ordem pública internacional* enquanto fundamento de anulação de uma sentença arbitral *proferida em Portugal* e submetida ao *direito português*. Assim, não se apreciará o juízo do STJ quanto à *violação* da ordem pública internacional mas o *conceito* de ordem pública adoptado pelo Tribunal, que tem gerado inquietações na doutrina (1).

1. Ordem Pública Internacional em arbitragens domésticas ou internacionais submetidas à lei portuguesa

A lei da arbitragem voluntária (LAV) determina a sua aplicação a todas as arbitragens com sede em Portugal (2) – quer domésticas, quer internacionais (art. 49.º) (3).

(1) Como se verá, o Tribunal utilizou o conceito de *ordem pública internacional* (OPI) oriundo do direito de conflitos, enquanto controlo de tolerabilidade do resultado da aplicação dos critérios adoptados pelos árbitros, invocação que é bastante rara no domínio dos direitos patrimoniais (cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 682; “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Jorge Miranda et al., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 327-338, p. 332).

(2) Isto é, o critério de aplicabilidade da LAV é o da *sede da arbitragem* (art. 61.º), adoptando o mesmo juízo da Lei-Modelo da UNCITRAL (art. 6.º) – RUI MOURA RAMOS, “O novo direito português da arbitragem”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 90, Tomo 2, 2014, pp. 567-612, p. 570. A consagração deste modelo estará relacionada com a articulação com os tribunais estaduais “no exercício de certas funções de assistência e controlo no quadro da arbitragem” (*idem*, “A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, Tomo II, 2012, pp. 583-604, p. 587), sendo certo que o conceito de sede envolve o primado da autonomia das partes, não constituindo critério geográfico que desatenda à vontade dos contraentes (p. 588). Para uma análise da Lei-Modelo, vide MARIA ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, “Arbitragem comercial internacional – Análise da Lei-Modelo da CNUDCI de 1985”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 21, 1985, pp. 229-387.

(3) São internacionais as arbitragens que põem “em jogo os interesses do comércio internacional”. Trata-se de um conceito *substantivo* de internacionalidade, que se afasta de uma verificação

Nas arbitragens internacionais, é lícito às partes designar a lei aplicável ao fundo da causa (n.º 1 do art. 52.º). E tendo sido aplicado direito estrangeiro, a LAV prevê, como fundamento de anulação da sentença arbitral – acrescentando às causas previstas no art. 46.º –, a violação da ordem pública internacional (art. 54.º), enquanto instituto clássico do direito internacional privado que provoca a evicção de lei ou sentença estrangeiras quando conduzam a um resultado manifestamente incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica nacional (4).

formal dos elementos de estraneidade. Ainda assim, não é necessariamente mais permissivo do que o parâmetro formal, pois adverte MOURA RAMOS que a Lei-Modelo (que adopta o tradicional critério dos elementos de estraneidade) aceita a internacionalidade de uma arbitragem pelo “*simplex facto de as partes terem acordado expressamente em que o objecto da convenção de arbitragem apresentava laços com mais de um país*” (“A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem”, *cit.*, p. 590). Tal não obsta a que a doutrina se lhe refira como uma “*noção ampla de arbitragem internacional*” – ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. José Lebre de Freitas*, vol. II, Rui Pinto Duarte et al., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 703-757, p. 712.

Sobre os vários parâmetros de apreciação da internacionalidade, *vide* o que escrevemos no nosso trabalho *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Lisboa, Livros Horizonte, 2017, pp. 593 e segs.

(4) Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 405; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 256; RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 74, 1998, pp. 45-62, p. 46; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1958, p. 328; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 659; HELENA MOTA, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 261-284, p. 262; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. José Lebre de Freitas*, vol. II, Rui Pinto Duarte et al., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 589-673, p. 605; FRANÇOIS RIGAU, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 199; ADELIN CHONG, “Transnational public policy in civil and commercial matters”, in *The Law Quarterly Review*, vol. 128, n.º 2, 2012, pp. 88-113, p. 89; JACQUES MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 21; KURT LIPSTEIN, “The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy”, in *International*

Em tal norma, a ordem pública internacional (OPI) surge no seu campo de aplicação normal – quando “*haja sido aplicado direito não português*” –, permitindo um controlo ao resultado aplicativo do direito estrangeiro (tal como sucede no art. 22.º do Código Civil). Trata-se de uma opção legislativa que se compreende: se a sentença arbitral proferida no estrangeiro tem como limite ao seu reconhecimento a violação da reserva da ordem pública internacional [subalínea ii) da alínea b) do art. 55.º], “*não se quis que fosse possível, através de uma sentença proferida em Portugal, o que é negado a uma sentença proferida no estrangeiro*” (5).

Todavia, na LAV, a ordem pública internacional tem um âmbito de aplicação alargado, sendo convocada não apenas para a função que lhe é própria – o afastamento de lei ou sentença estrangeiras, por conduzir a resultado inoportável do ponto de vista dos princípios fundamentais da ordem jurídica – mas para uma intervenção em situações puramente internas (6). O legislador convoca a noção

and *Comparative Law Quarterly*, vol. 8, 1959, pp. 506-522, p. 521; SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, “*Ordre public et loi de police dans l’ordre communautaire*”, in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 65-116, p. 66; LUÍS GAMA E SILVA, *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*, São Paulo, 1944, p. 189; GEORGE A. BERMAN, “*International Arbitration and Private International Law*”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 381, 2017, pp. 41-478, p. 311.

(5) Cfr. RUI MOURA RAMOS, “*A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem*”, *cit.*, p. 601.

(6) Esta diferente missão da ordem pública internacional é sublinhada por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “*Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa*”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 121-148, p. 122. Expressamente afirmando que o conceito aqui presente é aquele oriundo do direito internacional privado, cfr. RUI MOURA RAMOS, “*A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem*”, *cit.*, p. 600, e “*O novo direito português da arbitragem*”, *cit.*, p. 606.

Em sentido oposto, SAMPAIO CAMELO desenvolve um conceito de ordem pública internacional de *direito material*, distinta da figura do *direito de conflitos* (cfr. *A impugnação da sentença arbitral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 73-75; “*Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 126, 2011, pp. 155-198, p. 162), que acaba por fazer coincidir com o conceito conflitual de *ordem pública internacional* (conflitual) na sua aceção *positiva* (o conjunto de regras e princípios basilares e intoleráveis do sistema jurídico).

Por nossa parte, e acompanhando a demais doutrina, julga-

de *ordem pública internacional* como fundamento de anulação de sentenças arbitrais (art. 46.º), sejam elas internas ou internacionais: ainda que se não possa *recorrer* da decisão (7), admite-se a *anulação da sentença arbitral* por ofensa da OPI do Estado português, independentemente das regras (jurídicas ou de equidade) que hajam sido aplicadas.

A ordem pública internacional afasta-se, assim, da sua função clássica: se tradicionalmente é a remissão para uma lei estrangeira que leva consigo uma ressalva de desaplicação na medida em que o resultado venha a lesar um princípio ou valor inderrogável do ordenamento nacional (8), no con-

mos que a *ordem pública internacional* é um instituto oriundo do *direito de conflitos*, que traduz tradicionalmente um limite à lei ou sentença estrangeiras (Acórdão do STJ de 23/10/2014, proc. 1036/12.4YRLSB.S1), que o legislador determinou dever ser utilizado (também) em arbitragens puramente internas – porventura procurando a equiparação entre sentenças arbitrais internas e internacionais (que LIMA PINHEIRO já propunha na vigência do direito anterior [“*Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, vol. III, 2007, especialmente no capítulo I, alínea c]).

(7) Como é sabido, na LAV de 2011, o legislador estabeleceu, como regra, a *irrecorribilidade* das sentenças arbitrais, sejam internas (n.º 4 do art. 39.º) ou internacionais (art. 53.º), não se permitindo, como princípio, que um segundo tribunal se pronuncie sobre a correcta aplicação do direito (nacional ou estrangeiro). Quer isto dizer que, numa arbitragem *interna* ou *internacional* submetida à lei portuguesa, se os árbitros violarem normas imperativas da lei nacional, nem por isso se poderá, em regra, recorrer da decisão.

A regra da *irrecorribilidade* (que é uma disposição *supletiva*) constitui uma adesão ao modelo da Lei-Modelo da UNCITRAL (RUI MOURA RAMOS, “*O novo direito português da arbitragem*”, *cit.*, p. 597), sendo usualmente justificada na “*presunção de que as partes, ao optarem pela arbitragem, quiseram que a decisão dos árbitros fosse final (definitiva) e que os tribunais estaduais fossem afastados*” (ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da sentença arbitral*, *cit.*, p. 10).

Nas arbitragens internas, admite-se, no entanto, que as partes convençam a viabilidade de recurso para tribunal estadual (n.º 4 do art. 39.º da LAV), salvo se tiverem optado por submeter o litígio a regras de equidade – cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “*A Equidade (ou a «justiça com coração»)*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, vol. I, 2012, pp. 109-145, p. 110. Nas arbitragens internacionais, ao invés, apenas se admite que as partes convençam o recurso para *outro tribunal arbitral* (art. 53.º).

(8) Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 406; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, *cit.*, p. 328; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 659; DÁRIO MOURA VICENTE, “*Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública*”, *cit.*, p. 336; MARIA HELENA BRITO, “*As novas regras*

texto arbitral prevê-se a intervenção judicial estadual (para anulação da decisão) quando a efeitos da sentença arbitral colida com tais cânones, *mesmo em aplicação de lei portuguesa*. Permitiu-se, assim, um controlo do *resultado*: para anulação da decisão arbitral não basta que se tenham violado normas imperativas da lei portuguesa ou que se conclua que a sentença haja tomado uma opção diferente daquela que o tribunal estadual adoptaria; é necessário que o resultado a que se tenha chegado, por aplicação (porventura incorrecta) dos critérios decisórios utilizados, se tenha por intolerável em face dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional (9).

Não será esta a sede própria para apreciar a opção legislativa, que torna disponível a ordem ju-

sobre arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Jorge Miranda et al., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 27-49, p. 48; PAUL LAGARDE, “*Public Policy*”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Cap. 11, 1994, pp. 3-61, p. 3; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 204.

(9) É por isso que a maioria da doutrina considera não haver, no controlo de uma sentença por referência à ordem pública internacional, um *verdadeiro controlo de mérito* mas um *controlo do resultado*: não está em causa a correcta aplicação do direito ou a regular apreciação dos factos, mas apenas a tolerabilidade dos efeitos da decisão. Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “*L’ordre public international en droit portugais*”, *cit.*, p. 48; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Revisão das Sentenças Estrangeiras*, Lisboa, AAFDL, 1963, p. 37; DÁRIO MOURA VICENTE, “*Competencia Internacional y Reconocimiento de Sentencias Extranjeras en el Derecho Autónomo Portugués*”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 281-297, p. 294; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “*Anotação ao artigo 46.º*”, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Dário Moura Vicente, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 120-128, p. 127; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “*Da ordem pública no processo arbitral*”, *cit.*, p. 667.

Todavia, o facto de o controlo se limitar ao *resultado* não implica que se olhe somente à parte dispositiva da decisão, porquanto o carácter chocante dos efeitos pode levar em conta os fundamentos da decisão – ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, *cit.*, p. 211, *A impugnação da sentença arbitral*, *cit.*, p. 99, e “*A Sentença Arbitral Contrária à Ordem Pública Perante a Nova LAV*”, in *Direito da Arbitragem – Ensaios*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 13-44, p. 22; ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “*A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 41-56, p. 56. Aliás, isto mesmo se declara no aresto ora comentado, tal como no Acórdão do STJ de 14/3/2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1.

ridica nacional por escolha das partes e decisão dos árbitros, em situações puramente internas, mesmo no que tange às suas normas imperativas. Temos as mais sérias reservas quanto à sua bondade: porventura com o objectivo de posicionar Portugal como praça favorável à arbitragem (10), permite aceitar em litígios arbitráveis e arbitrados o que se tem por inadmissível em tribunais estaduais (11). E não considera que o fundamento do carácter estrito do conceito de *ordem pública internacional* (face ao de *ordem pública interna*) se liga a uma ideia de *tolerância* para com os sistemas jurídicos estrangeiros e seus referentes, propósito que perde sentido perante situações totalmente constituídas no seio do ordenamento jurídico nacional (12).

(10) Com efeito, uma das tendências seguidas para fomentar o recurso à arbitragem é a limitação dos fundamentos de nulidade das sentenças arbitrais – cfr. MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, “*La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas*”, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLVIII nueva serie, n.º 139 (Janeiro/Abril), 2014, pp. 13-38, p. 14. Aliás, a eventual viabilidade de controlo da *ordem pública interna* era vista pela Associação Portuguesa de Arbitragem como um desincentivo a este meio de solução de litígios, por abrir a porta ao reexame de mérito das decisões arbitrais (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 443; ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “*A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais*”, *cit.*, p. 53; DÁRIO MOURA VICENTE, “*Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública*”, *cit.*, p. 338).

(11) Igualmente críticos desta solução são DÁRIO MOURA VICENTE, “*Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública*”, *cit.*, p. 334; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da sentença arbitral*, *cit.*, p. 85; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, p. 444 (que apelida de “*solução bizarra*” e “*sur-realista*”); ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “*Da ordem pública no processo arbitral*”, *cit.*, p. 649; RUI FERREIRA, “*Anulação da Decisão Arbitral – Taxatividade dos Fundamentos de Anulação*”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Mariana França Gouveia, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 201-233, p. 225.

Em sentido contrário, porém, lembra LIMA PINHEIRO que esta opção legislativa promove uma equiparação entre o controlo de sentenças arbitrais internas ou internacionais, razão pela qual já propunha esta solução na vigência do direito anterior – “*Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral*”, *cit.*, especialmente no capítulo I, alínea c), e “*Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63, 2003, capítulo III.

(12) Cfr. RUI MOURA RAMOS, “*L’ordre public international en droit portugais*”, *cit.*, p. 46; e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 254.

Importa, ao invés, determinar como pode o instituto da *ordem pública internacional* prestar em domínio que lhe é estranho, invocada perante casos em que os árbitros não hajam mobilizado normas de outra ordem jurídica.

O modo como o STJ resolveu o problema afigura-se certo. O controlo do conteúdo da decisão – ou melhor, dos seus efeitos – por referência aos princípios fundamentais da ordem jurídica nacional ocorre *independentemente da questão de saber quais foram as regras aplicadas pelos árbitros*. O tribunal estadual desinteressa-se da sua determinação, não levando em consideração se aquelas constavam de lei estrangeira, de juízos de equidade ou de lei nacional: o instituto é convocado *sejam quais forem as normas aplicadas pelos árbitros*, fiscalizando apenas o resultado a que se tenha chegado. O que foi claramente declarado pelo acórdão anotado: “É indifferente o direito aplicado ao fundo da causa na sentença em questão, já que se trata apenas de saber se o respectivo resultado afronta, pelo seu conteúdo, princípios estruturantes da nossa ordem jurídica, a ponto de esta não poder tolerar que ela constitua solução válida e vinculativa para o litígio sobre que versou” (13).

Só assim entendida é que a OPI não se afasta totalmente da sua matriz, porquanto também no seu domínio próprio não é o conteúdo da lei estrangeira que importa para determinar a respectiva actuação: “serão antes as circunstâncias ou os resultados de aplicação dessa lei ao caso concreto os factores decisivos do seu afastamento” (14). É certo que a reserva não

(13) Trata-se, aliás, da prática jurisprudencial do STJ nas situações em que a reserva de ordem pública é chamada no seu âmbito clássico (o afastamento de lei ou de decisão estrangeira). Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 26/10/1994, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 440, 1994, pp. 253 e segs.

(14) Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 265. No fundo, a censura da ordem pública internacional não se dirige à norma estrangeira mas apenas ao resultado da aplicação da lei estrangeira: “Não se trata, pois, ao menos em princípio, de excluir genericamente a intervenção de quaisquer leis estrangeiras em determinado sector do direito privado local, mas apenas de recusar a aplicação a certos factos concretos de certos preceitos jurídico-materiais em razão do seu conteúdo concreto – melhor: em consideração do resultado a que levaria a sujeição a tais preceitos da relação factual sub iudice” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de*

actuará nos casos em que os árbitros tenham aplicado correctamente normas do ordenamento jurídico português, caso em que não se gerará, em princípio, um resultado que *este mesmo ordenamento* tenha por intolerável (15). Em consequência, a anulação dar-se-á apenas quando o critério decisório *não coincida com aquele que constava da correcta aplicação das normas pátrias*, caso em que se porá o problema de saber se o resultado a que conduziram é não apenas distinto daquele a que conduziria uma exacta mobilização da norma mas *inadmissível* face aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional (16).

2. A determinação da ordem pública internacional e o contributo de outras fontes de direito

O que vem exposto evidencia não se poder sobrepor o conceito de ordem pública interna (o conjunto de normas e princípios imperativos de certa ordem jurídica) (17) com a reserva de ordem pública

Direito Internacional Privado, cit., p. 407, e “Anteprojecto de Capítulo relativo ao Direito Internacional Privado”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 24, 1951, pp. 9-71, p. 68). No mesmo sentido, cfr. RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, cit., p. 61; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., pp. 659 e 665; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 677-678.

Assim, por exemplo, não ofenderá a ordem pública internacional do Estado Português a aplicação de uma norma estrangeira que estabeleça a capacidade nupcial aos 7 anos de idade se a nubente estrangeira tiver, à data do casamento, 33 anos. Pelo contrário, a mesma norma motivará certamente a invocação do instituto da ordem pública internacional se a nubente tiver 7 ou 8 anos de idade. Enquanto convocada a propósito do reconhecimento de sentenças estrangeiras, sempre foi este o modo de actuação da ordem pública internacional (vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 267).

(15) Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem”, cit., p. 599, nota n.º 58.

(16) Cfr. GIUSEPPE SPERDUTI, “Ordine Pubblico Internazionale e Ordine Pubblico Interno”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XXXVII, 1954, pp. 82-91, p. 84; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 604.

(17) Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 405; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 253; RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, cit., p. 48; MANUEL PEREIRA

blica internacional – instituto que permite recusar o resultado da aplicação de certa norma quando aquele (e não esta) afronte um leque de princípios tidos por absolutamente inderrogáveis da ordem jurídica: o *reduto essencial do sistema jurídico nacional*. Isto é, nem toda a decisão arbitral que transgride certa norma imperativa da lei portuguesa implica a actuação da reserva de ordem pública internacional; esta apenas intervém quando o resultado se tenha por intolerável face a cânones basilares do ordenamento jurídico pátrio (18).

BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, vol. I, 2014, pp. 37-141, p. 39.

Alguma doutrina, porém, questiona a coincidência entre o conceito de ordem pública (interna) e o conjunto das normas imperativas, ou se aquele é mais estrito que este. Dito de outro modo: entende que nem todas as normas imperativas são regras de ordem pública interna. Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública nos contratos”, in *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, *Studia Iuridica*, n.º 91, vol. II, Jorge de Figueiredo Dias/Joaquim Gomes Canotilho/José Francisco de Faria Costa, Coimbra, Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, pp. 255-268, p. 259; DÁRIO MOURA VICENTE, “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, cit., p. 334; JORGE MORAIS CARVALHO, “A ordem pública como limite à autonomia privada”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres e Clotilde Celourico Palma, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 351-378, p. 362; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 599; PAIRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “Fundamentos de anulação da sentença arbitral: perspectivas de iure condito e de iure condendo”, in *O Direito*, Ano 142, n.º 5, 2010, pp. 1057-1110, p. 1086.

(18) Cfr. GERHARD KEGEL/KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª ed., Beck, Munique, 2004, p. 518. O que acaba de se dizer implica, pois, que o conceito de ordem pública internacional seja mais estrito do que o da ordem pública interna: “há normas e princípios de o. p. interna que não de o.p.internacional” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 256). Cfr., ainda, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., pp. 663 e 668; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública nos contratos”, cit., p. 260, nota n.º 5; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, cit., p. 615; KURT LIPSTEIN, “The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy”, cit., p. 517; ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, cit., p. 53. E, como bem se decidiu no Acórdão do STJ de 23/10/2014, proc. 1036/12.4YRLSB.S1, a transgressão por certa decisão judicial de uma norma internacionalmente imperativa (uma norma de aplicação necessária e imediata) não implica por si só a actuação da ordem pública internacional, que é um conceito mais limitado.

E, desde logo, a definição de *quais são esses princípios* é tarefa de indiscutível dificuldade. Apela-se à ideia de inderrogabilidade, em face da consciência jurídica geral: serão de ordem pública internacional os cânones que expressam as concepções éticas e sociais da comunidade, e que por isso se têm como inquestionáveis e inderrogáveis.

Não está em causa, na LAV, a noção de *ordem pública verdadeiramente internacional*, conceito que pretende abarcar o conjunto de normas e princípios que conformam a ordem jurídica internacional, essenciais a toda a comunidade humana e comuns à generalidade dos Estados (19). Isto é, não se restringe

(19) Nestes casos, parece não ser necessária a existência de uma ligação estreita ao foro, bastando que o problema seja colocado a uma autoridade deste Estado, porquanto o Estado não está a recusar a aplicação de um critério para proteger a sua ordem jurídica mas sim a ordem jurídica global (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 414; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, cit., p. 131; HELENA MOTA, “A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais”, cit., p. 266; ADELINE CHONG, “Transnational public policy in civil and commercial matters”, cit., p. 92; MARC-PHILIPPE WELLER/LUCA KALLER/ALIX SCHULZ, “Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 216, 2016, pp. 387-420, p. 396). Igualmente, não se coloca qualquer óbice a que seja mobilizada por tribunais arbitrais em si mesmos, independentemente da sua sede (GEORGE A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law”, cit., p. 329; PAUL LAGARDE, “Public Policy”, cit., p. 51) ou de Tribunais Internacionais, não sujeitos a qualquer ordenamento jurídico nacional (VASCO TABORDA FERREIRA, “Acerca da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano X, n.º 1 e n.º 3, 1957, pp. 1-15 e 185-200, p. 186; PIERRE LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, vol. III, Pieter Sanders, New York, Kluwer Law International, 1986, pp. 258-318, p. 271).

O conceito de ordem pública transnacional é particularmente difícil de concretizar, já que a “origem do problema da o. p. internacional reside na carência de uma genuína comunidade jurídica internacional, pois, se todos os Estados estivessem subordinados aos mesmos princípios ético-jurídicos fundamentais, é evidente que o problema não surgiria” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 257; no mesmo sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, cit., p. 328). Assim, são conhecidas pelo menos três acepções deste conceito, embora haja um certo consenso quanto à existência de pontos de referência no próprio direito internacional (público), *maxime* quando a aplicação de certo critério norma-

a mobilização da ordem pública internacional à violação de um destes cânones comuns à ordem jurídica internacional, permitindo-se a respectiva invocação para protecção de valores próprios do Estado do foro. A Lei da Arbitragem refere-se ao conceito clássico de ordem pública internacional, com as suas conhecidas características da *imprecisão, nacionalidade, actualidade e excepcionalidade* ⁽²⁰⁾.

No entanto, o facto de a ordem pública internacional constituir um conceito nacional (dirigindo-se à tutela dos valores e princípios do ordenamento jurídico interno), não impede que tais cânones sejam comungados por outros sistemas ou tenham até a sua origem em textos convencionais: o facto de proteger os princípios e normas fundamentais da ordem jurídica do foro não significa que a fonte desses referentes seja sempre o direito interno ⁽²¹⁾. É conhe-

tivo tem por efeito a violação de *normas absolutamente imperativas de direito internacional* ou de *princípios universalmente aceites de ética e justiça* (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 470; ADELIN CHONG, “Transnational public policy in civil and commercial matters”, *cit.*, p. 93), incluindo-se aí os direitos humanos de vigência universal (CLAIRE STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, pp. 717-729, p. 722; JACOB DOLINGER, “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, in *Texas International Law Journal*, vol. 17, n.º 3, 1982, pp. 167-193, p. 175; YVES LEQUETTE, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, in *Droits et libertés fondamentaux*, 4.º ed., Paris, Dalloz, 1997, pp. 75-96, p. 95; VASCO TABORDA FERREIRA, “Acerca da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, *cit.*, p. 185). Serão, no fundo, os valores que interessam a “*toda a comunidade internacional*” [ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 125 e 126, n.ºs 3823 a 3831, 1993-1994, pp. 289-293, 321-325, 353-357 (Ano 125); pp. 288-212, 234-237, 266-270, 296-103, 162-166 (Ano 126), n.º 3828, p. 70].

⁽²⁰⁾ Sobre as características do instituto, *vide*, entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, pp. 405 e segs.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, pp. 253 e segs.; RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *cit.*, pp. 57 e segs.; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, *cit.*, pp. 332 e segs.; JACQUES MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude à la loi*, *cit.*, pp. 105 e segs.

⁽²¹⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 660, e *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, *cit.*, p. 278; RUI MOURA RAMOS, “Public po-

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

licy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 2, 2000, pp. 25-39, p. 25; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 679.

tem uma natureza *indeterminada*, não sendo possível estabelecer *a priori* quais os casos cuja anulação é deferida. A sua intervenção depende da situação concreta, da ligação ao foro, dos efeitos pretendidos, das circunstâncias do caso: “o carácter chocante desses resultados somente ganha corpo no momento da aplicação, combinando o conteúdo normativo da lei material chamada com as circunstâncias do caso”. É, por isso, um instituto de concretização judicial que necessariamente introduz incerteza no sistema⁽²⁵⁾.

(25) A citação é de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 259. Sobre a imprecisão do conceito, cfr. ainda ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 410 (“Ordem pública internacional é forçosamente impreciso e vago. Ordem pública internacional é um conceito indeterminado, um conceito que não pode definir-se pelo conteúdo, mas só pela função [...]. Não basta estabelecer a incompatibilidade abstracta da norma estrangeira em causa com as concepções fundamentais da lex fori, com o espírito ou alma do sistema, mas interessa para além disto tirar a limpo a incompatibilidade com esse espírito de uma aplicação concreta da norma. É evidente que a solução de tal problema, que só pode, pois, achar-se ao nível do «caso», supõe da parte do juiz da causa uma liberdade de avaliação inconciliável com qualquer fórmula rígida. A ordem pública não é uma medida objectiva para aferir a compatibilidade concreta da norma estrangeira com os princípios fundamentais do direito nacional”), entendendo o Autor tratar-se de um “mal sem remédio”; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, cit., p. 331; RUI MOURA RAMOS, “Public policy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, cit., p. 26; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 659; HENRI BATIFFOL, “Public policy and the autonomy of the parties: interrelations between imperative legislation and the doctrine of party autonomy”, in *The Conflict of Laws and International Contracts*, Summer Institute on International and Comparative Law, University of Michigan Law School, Michigan, 1949, pp. 68-81, p. 79; ADELINA CHONG, “Transnational public policy in civil and commercial matters”, cit., p. 113; GEORGE A. BERMAN, “International Arbitration and Private International Law”, cit., p. 326; P. B. CARTER, “The rôle of public policy in English private international law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, n.º 1, 1993, pp. 1-10, p. 9. Aliás, a indefinição do conceito de ordem pública internacional era já sublinhada no século XIX por PROSPERO FEDOZZI, “Quelques considérations sur l’idée d’ordre public international”, in *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 69-78 e pp. 495-507, p. 73; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Decisões arbitrais internacionais e sua revisão”, in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 255-277, p. 271.

No domínio arbitral, a inelutabilidade desta incerteza é reconhecida pela ILA – International Law Association. Cfr. PIERRE MAYER/AUDLEY SHEPPARD, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, in *Ar-*

Assim, quaisquer que sejam os critérios de apuramento das circunstâncias em que é possível fazer actuar a reserva de ordem pública internacional (seja em sede de um problema de conflitos de leis, seja a propósito do reconhecimento de uma sentença arbitral ou estadual estrangeira, ou seja a propósito da anulação de uma decisão arbitral interna), acabam por ter de ser justapostos à situação concreta, apurando se o resultado aplicativo é “de molde a chocar a consciência e provocar uma exclamação”, o que está naturalmente sujeito a flutuações da consciência colectiva, ao grau de proximidade da situação com a ordem jurídica e à estabilização dos efeitos produzidos, por decurso do tempo⁽²⁶⁾.

3. A ligação da ordem pública internacional e a violação da Constituição

O acórdão anotado, visando combater esta indeterminação da OPI, procura estabelecer uma ligação entre a ordem pública internacional e a Constituição. Assim, reafirmando a tese já consagrada em outro aresto⁽²⁷⁾, notou que a violação da ordem pública internacional ocorrerá, as mais das vezes, quando se tenham transgredido os princípios que estruturam a Constituição em sentido material. Trata-se de uma conclusão inquestionável: muitos dos cânones tidos por inabaláveis da ordem jurídica pátria constam da Constituição; e é certo que os direitos fundamentais – atenta justamente a sua *fundamentalidade* – se têm por invioláveis, razão pela qual a sua ofensa implicará, as mais das vezes, a actuação daquela reserva⁽²⁸⁾.

bitration International, voo. 19, n.º 2, 2003, pp. 249-263, p. 252; MATTI S. KURKELA/SANTTU TURUNEN, *Due Process in international commercial arbitration*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 17 e segs.

(26) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pp. 262 e 263; RUI MOURA RAMOS, “Public policy in the framework of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice”, cit., p. 31; Acórdão do STJ de 14/3/2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1.

(27) Acórdão do STJ de 14/3/2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1.

(28) Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos recentes”, cit., p. 455; GERHARD KEGEL/KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, cit., p.

Todavia, é pertinente sublinhar que a justaposição entre os casos de actuação da ordem pública internacional e os princípios constantes da Constituição não parece poder ser tida como critério para apreciação da reserva de ordem pública.

Por um lado, porque a Constituição não materializa um *limite* à invocação da ordem pública, podendo esta actuar para tutelar valores que não sejam constitucionalmente garantidos⁽²⁹⁾. Pense-se, por exemplo, na sua invocação para recusar a produção de efeitos a decisões sucessórias que não atribuam bens aos filhos do *de cuius*: não havendo uma imposição constitucional da legítima dos filhos, a actuação da reserva de ordem pública internacional dá-se para proteger valores do ordenamento *não garantidos* na Constituição⁽³⁰⁾.

533; YVES LEQUETTE, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, cit., p. 88; TEUN STRUYCKEN, “L’ordre public de la Communauté Européenne”, cit., p. 625; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 522; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 453; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 446; GIUSEPPE BARILE, “Principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale”, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXII, 1986, pp. 5-20, p. 9. O que justifica a feliz expressão de LIMA PINHEIRO – replicada no acórdão anotado – segundo a qual “as normas e princípios constitucionais, principalmente os que tutelam direitos fundamentais, não só informam mas também conformam a ordem pública internacional” e de que “Na medida em que a ordem pública constitui também um veículo para a actuação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, o controlo da conformidade da decisão com a ordem pública internacional é imposto pela própria Constituição” [*Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 663, e “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, cit., alínea b)].

(29) Neste sentido, GIUSEPPE BARILE, “Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LVI, 1973, pp. 727-731, p. 728. Até porque, como sublinha LIMA PINHEIRO, os valores protegidos pela reserva de ordem pública internacional não têm necessariamente uma matriz ético-jurídica, podendo esta actuar para tutelar princípios fundamentais que prossigam finalidades económico-sociais, políticas ou outras (*Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 666). É certo que – numa ordem jurídico-constitucional como a portuguesa, em que a Constituição espelha a sede dos valores da comunidade – não será frequente a invocação da ordem pública internacional para tutelar valores ou princípios fundamentais que não tenham assento constitucional. Mas pode suceder quanto a princípios sedimentados e arraigados na sociedade, para os quais há forte convicção social de inderrogabilidade.

(30) Cfr., entre muitos outros, o Acórdão do STJ de 23/10/2008, proc. 07B4545. Com efeito, a doutrina não funda a

Por outro lado, porque é possível que a transgressão de certa norma da Constituição não provoque a actuação da ordem pública internacional (o que gerará o problema de saber se, nesses casos, deve a Constituição actuar como *limite autónomo* a normas ou sentenças a reconhecer). Isto é, independentemente da questão de saber se a Constituição materializa um limite autónomo ao funcionamento do direito de conflitos (*para além* da reserva de ordem pública internacional), não parece ser possível estabelecer, em abstracto, uma ligação necessária entre a Lei Fundamental e a ordem pública internacional: é conjecturável que não se determine a mobilização da excepção de ordem pública internacional (mesmo que lei ou sentença estrangeiras

protecção da legítima em normas ou princípios constitucionais, embora lhe reconheça natureza fundamental na orientação do direito português (cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 313 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 16; HELENA MOTA, “Anotação ao artigo 2156.º”, in *Código Civil Anotado*, CRISTINA ARAÚJO DIAS, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 213 e segs.; JORGE PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 262; DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 155 e segs.).

Mesmo os Autores que inferem consequências do texto constitucional para a regulação da sucessão legítima não concluem pela sua imposição ao legislador ordinário. CAPELO DE SOUSA, em 1977, entendia que a versão originária da Constituição implicava que cônjuge e outros dependentes ascendessem ao estatuto de herdeiro legítimo (cfr. “A Constituição e o Direito das Sucessões”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Petrony, 1977, pp. 143-175, p. 173), embora no seu pensamento mais recente apenas retire do texto constitucional o princípio da autonomia do testador e a necessidade de acautelar a sucessão familiar, reconhecendo ao legislador uma ampla margem para a modelar (não necessariamente através do instituto da legítima) – *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 122 e segs. CARVALHO FERNANDES encontra na sucessão legítima o reconhecimento da relevância da família (que resulta dos arts. 36.º e 67.º da Constituição), o qual tem uma refracção na instituição da sucessão legítima (*Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 25 a 29), ideia que colhe o apoio de RITA LOBO XAVIER (*Sucessão familiar na empresa*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 21; *Planeamento sucessório e transmissão de bens à margem do direito das sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 25).

De notar, ainda, que o recente Acórdão do STJ de 16/5/2018, proc. 2341/13.8TBFUN.L1.S1, sugere um reexame da jurisprudência em sede de invocação da ordem pública internacional, sobretudo em face da vigência de autonomia conflitual nas sucessões internacionais.

derroquem normas constitucionais) atendendo à relatividade daquele instituto⁽³¹⁾. Vejamos.

Em primeiro lugar, a mobilização da ordem pública internacional depende da existência de uma conexão relevante com o ordenamento jurídico do foro, não podendo ser invocada, em regra, em situações incidentalmente julgadas em Portugal, apesar de totalmente constituídas e executadas à luz de um ordenamento jurídico estrangeiro (*Inlandsbeziehung*). Nestes casos, entende-se não poder a ordem jurídica portuguesa impor, numa situação com que não apresenta contactos relevantes, os seus próprios referentes⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Neste sentido, GIUSEPPE BARILE, "Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione", *cit.*, p. 729. Isto é, tem-se por ultrapassada a tese segundo a qual os princípios e normas constitucionais (mormente nos direitos fundamentais) integram – automática e necessariamente – o limite da ordem pública internacional. Sobre esta concepção, cfr. RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 224-225.

⁽³²⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 262; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 413; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 683; GERHARD KEGEL/KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *cit.*, p. 521; WOLFGANG WURMNEST, "Ordre public", *cit.*, p. 469; M. HANS LEWALD, "Règles Générales des Conflits de Lois", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1939-III, Tomo 69, 1939, pp. 1-147, p. 123; PAUL LAGARDE, "Public Policy", *cit.*, pp. 5, 23 e 31 e segs. No fundo, a natureza nacional da ordem pública internacional não pode desconsiderar os cânones básicos dos conflitos de leis e da coexistência e coordenação dos vários sistemas jurídicos (RUI MOURA RAMOS, "L'ordre public international en droit portugais", *cit.*, p. 46), pelo que a integração necessária da Constituição no conceito de ordem pública internacional geraria uma ilimitada aplicação das normas do foro (RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, *cit.*, p. 225).

É certo que, as mais das vezes, o facto de se aceitar a jurisdição sobre certo litígio em dado Estado implicará a existência de certa ligação a essa ordem jurídica. "Mas tal pode não se verificar, designadamente quando a competência internacional resultar de um pacto de jurisdição" – LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 670.

Como se aludiu *supra*, exigência de conexão com o foro apenas decai quando se esteja perante um princípio de ordem pública verdadeiramente internacional ou ordem pública transnacional. Nestes casos, quando a decisão ofenda princípios tidos por invioláveis pela generalidade das ordens jurídicas mundiais, atenua-se (ou dispensa-se) a necessidade de conexão com o foro – enten-

Ademais, por força do seu efeito atenuado, a ordem pública internacional pode não intervir quanto ao reconhecimento de certos efeitos de uma situação jurídica já constituída que é, em si mesma, contrária a normas ou princípios constitucionais – pense-se, designadamente, no reconhecimento de obrigações alimentares decorrentes de um repúdio de cônjuge ocorrido no estrangeiro⁽³³⁾. Ora, tal implica um reconhecimento (ainda que mitigado) de situações jurídicas que transgridem a Constituição, demonstrando não ser esta o parâmetro necessário de actuação daquele instituto.

Por fim, a apreciação do carácter chocante do resultado depende da intensidade de ligação ao foro. Isto é, a conexão com o ordenamento jurídico constitui um requisito de *on/off* (determinando ou não a possibilidade invocação da ordem pública internacional), mas um factor que, no quadro da relatividade que caracteriza o instituto, implica graus de actuação mais ou menos exigentes⁽³⁴⁾. Pense-se

sendo-se como ligação suficiente que o problema aí se tenha posto. Com efeito, como ensina HELENA MOTA, "A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais", *cit.*, p. 265, a exigência da *Inlandsbeziehung* radica numa ideia de justiça relativa, "isto é, uma justiça que pode mudar de paradigma em função das circunstâncias de tempo e de lugar em que é aplicada". Nada disto vale no quadro da ordem pública verdadeiramente internacional, que tutela valores universais. Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, *ibidem*, p. 689.

⁽³³⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 267; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 414; RUI MOURA RAMOS, "L'ordre public international en droit portugais", *cit.*, p. 55; HELENA MOTA, "A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais", *cit.*, p. 268; LUÍS BARRETO XAVIER, *Sobre ordem pública internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, Lisboa, 1991, p. 89; CLAIRE STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *cit.*, p. 721; PATRICK KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *cit.*, p. 172; PAUL LAGARDE, "Public Policy", *cit.*, pp. 38 e segs. A tese do efeito atenuado da ordem pública internacional quanto às situações a reconhecer suscita dúvidas a LIMA PINHEIRO, que sustenta estar apenas em causa a relatividade da ordem pública internacional por referência à intensidade da conexão com o Estado do foro, a que nos referiremos de seguida (cfr. *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 672).

⁽³⁴⁾ Assim, não é indiferente para a concretização da ordem pública internacional que a ligação com o foro exista de forma ténue ou exista com um elemento de conexão mais intenso, porquanto a divergência entre as concepções de justiça do foro e

no reconhecimento de uma sentença estrangeira que haja aplicado ao contrato de trabalho uma legislação que admite renovações de contratos a termo resolutivo de modo mais generoso do que aquele que se considera permitido pela segurança no emprego garantida pela Constituição: tal norma poderá implicar a invocação da ordem pública internacional quando o trabalhador seja português ou residente em Portugal, bem como quando o contrato aqui seja executado; mas mais dúvidas haverá quanto a saber se pode ser invocada num contrato de trabalho em que a única ligação ao foro é o local da sua celebração.

Estas considerações não põem em causa que, num sistema jurídico em que a Constituição tende

aquelas que forem determinadas por critérios normativos distintos (nomeadamente estrangeiros) "seria tanto maior quanto mais forte fosse a ligação do caso com o Estado do foro" (cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 263). Isto é, a actuação depende "da intensidade dos laços que a situação apresenta com o Estado do foro" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 670). Ora, "um determinado resultado pode ser manifestamente intolerável quando a ligação com o Estado do foro for mais intensa e já não o ser quando a ligação for menos intensa". (*ibidem*, p. 671). No mesmo sentido, RUI MOURA RAMOS, "L'ordre public international en droit portugais", *cit.*, p. 54; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, vol. II, *cit.*, p. 334; M. HANS LEWALD, "Règles Générales des Conflits de Lois", *cit.*, p. 124; LUÍS BARRETO XAVIER, *Sobre ordem pública internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, *cit.*, p. 90; JACQUES MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, *cit.*, p. 79. De acordo com SOUSA E BRITO, esta relatividade da ordem pública internacional "é uma consequência do princípio constitucional da proporcionalidade em matéria de restrições a direitos fundamentais" ("O que é o direito para o jurista?", in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Jorge Miranda et al., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 27-57, p. 45).

O que dizemos não obsta a que, quando em causa estejam direitos fundamentais de especial importância, mesmo a mais ténue ligação do foro basta para que o resultado se tenha por intolerável. O que justifica, aliás, o facto de o funcionamento clássico da ordem pública internacional ser habitualmente suficiente para proteger a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sem que seja necessário indagar da sua actuação autónoma para limitar o reconhecimento de sentenças estrangeiras – cfr. PIERRE MAYER, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", in *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 80, n.º 4, 1991, pp. 651-665, p. 652; DANY COHEN, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé", in *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 78, n.º 3, 1989, pp. 451-483, p. 477.

a abrigar as normas e princípios fundamentais da ordem jurídica, não se verifique uma tendencial coincidência (que o acórdão notou) entre a invocação da excepção de ordem pública internacional e a previsão constitucional do valor protegido. Pelo contrário, "o conteúdo da ordem pública internacional tende a ser determinado à luz dos princípios constitucionais"⁽³⁵⁾. Do mesmo passo, quando em causa estejam direitos fundamentais de natureza universal⁽³⁶⁾, a mais ténue ligação com o foro implicará que se tenha por intolerável um resultado que os ofenda. Assim, serão contados os casos em que, estando em causa um cânone positivado na Lei Fundamental, a ordem pública internacional não actua. Simplesmente, tal é um efeito da *fundamentalidade* dos valores aí consagrados e não da respectiva fonte⁽³⁷⁾. Aliás, se assim não fosse – isto é, se o con-

⁽³⁵⁾ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 669, e a sua consagração no já referido Acórdão do STJ de 14/3/2017, proc. 103/13.1YRLSB.S1; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A revisão do Código Civil e o direito internacional privado", in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 279-307, p. 300, que ensina ser na área dos direitos fundamentais "que a ordem pública internacional parece encontrar o seu campo de eleição"; JOSÉ DE SOUSA E BRITO, "O que é o direito para o jurista?", *cit.*, p. 40 ("a ordem pública internacional é essencialmente determinada num Estado de direito pelas normas constitucionais sobre direitos fundamentais"). Tal ideia recolhe o apoio de RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, *cit.*, p. 216, o que em nada contende com o facto de o Autor ver na Constituição um limite autónomo ao direito de conflitos, admitindo o controlo de constitucionalidade de norma estrangeira mesmo para além da actuação da reserva de ordem pública internacional.

⁽³⁶⁾ Nas palavras de MOURA RAMOS, é aqui "de grande utilidade a distinção – feita por grande parte da doutrina – que separa nos direitos fundamentais os *Menschenrechte* dos *Bürgerrechte*: à sua luz se compreenderá facilmente que apenas os primeiros – os direitos de todos os homens – podem aspirar a ser plasmados em todos os casos que venham a ser sujeitos à actividade julgadora dos tribunais, restando aos demais uma eficácia limitada às situações em que os titulares dos direitos fundamentais feridos pelo direito estrangeiro chamado pela regra de conflitos sejam cidadãos nacionais ou eventualmente estrangeiros residentes no território do foro" (*Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 233). No mesmo sentido, JACOB DOLINGER, "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws", *cit.*, p. 175.

⁽³⁷⁾ Neste sentido, GIUSEPPE BARILE, "Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione", *cit.*, p. 729. É também esta a conclusão de KINSCH, ao analisar a jurisprudência dos Estados europeus ("Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *cit.*, p. 192). É por isso que BARILE entende

teúdo da ordem pública internacional coincidissem com a Constituição – perderia sentido a discussão sobre se a Lei Fundamental materializa ou não um limite autónomo à aplicação de lei estrangeira ou ao reconhecimento de sentenças, porquanto a Constituição interviria necessariamente através da reserva de ordem pública⁽³⁸⁾.

4. O conceito de Ordem Pública Internacional em arbitragens reguladas por lei portuguesa: a opção adoptada no acórdão e as alternativas propostas doutrinárias

Como se viu, julgamos que o douto Acórdão anotado aplicou certamente o comando do legis-

que a defesa da ordem pública internacional não tem por parâmetro todo o quadro de normas constitucionais mas só aquelas tidas por absolutamente essenciais (“Principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale”, *cit.*, p. 18).

⁽³⁸⁾ Trata-se de um problema que divide a doutrina, entre aqueles que vêem na Constituição um limite autónomo à aplicação de direito estrangeiro (sobretudo, por força da proibição de os Tribunais aplicarem normas inconstitucionais – art. 204.º Constituição), e os Autores que o negam, ainda que reconhecendo à Lei Fundamental um inegável papel conformador da ordem pública internacional. O problema terá surgido com a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 4 de Maio de 1971, que afirmou estar o direito estrangeiro cuja aplicação era determinada pela regra de conflitos submetido à Constituição. Tal aresto suscitou a discussão sobre se a intervenção dos cânones constitucionais nas situações internacionais ocorre por força do carácter intolerável da sua violação para certa comunidade (i.e., mediante actuação da ordem pública internacional) ou se as regras constitucionais formam uma barreira específica ao direito de conflitos. Sobre esta querela, *vide* RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, *cit.*, pp. 212 e segs.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Constituição e Direito Internacional Privado - o estranho caso do artigo 51.º, n.º 3, do Código Civil”, in *Perspectivas Constitucionais*, vol. III, Jorge Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 367-390, p. 375; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *cit.*, p. 680; RUI DIAS, “Jurisdição e Constituição. Termos de uma interação”, *cit.*, p. 865; GERHARD KEGEL/KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *cit.*, pp. 530 e segs.; PATRICK KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *cit.*, pp. 200 e segs.; PAUL LAGARDE, “Public Policy”, *cit.*, pp. 46 e segs. Ora, como conclui HELENA MOTA, o problema só se põe no caso de *insuficiência da ordem pública internacional* para proteger a Constituição (“A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais”, *cit.*, pp. 269 e 271), que não existiria caso uma e outra coincidissem.

lador: não justapôs a decisão arbitral às normas imperativas da lei portuguesa mas, ao invés, indagou se o resultado da sentença se teria por chocante ou inadmissível em face dos princípios inderrogáveis da ordem jurídica portuguesa. E fê-lo independentemente da questão de saber se os árbitros haviam aplicado a lei portuguesa, lei estrangeira ou critérios de equidade. Cremos que foi exactamente isso que o legislador pretendeu ao prever a anulação de sentenças arbitrais com fundamento na violação da ordem pública internacional, apesar da controvérsia desta opção legislativa.

Alguma doutrina sustenta, porém, não ser esta a correcta aplicação da LAV, propondo a utilização de um *conceito distinto* de ordem pública internacional para as arbitragens internas e arbitragens internacionais sujeitas à lei portuguesa.

a) A tese do conceito intermédio de ordem pública internacional-interna

Para alguma doutrina, apesar de se limitar a anulação da sentença arbitral aos casos de ofensa da ordem pública internacional, os critérios da sua actuação devem diferir consoante se esteja perante uma arbitragem que haja aplicado direito nacional ou estrangeiro: naquele primeiro caso, os poderes de anulação seriam mais amplos. Estaria em causa um conceito *intermédio*, mais estrito do que a ordem pública interna mas mais generoso do que a ordem pública internacional⁽³⁹⁾.

Em apoio desta tese invoca-se, por um lado, a ilogicidade da mobilização de um conceito que tem por base a *evicção do direito estrangeiro* a decisões que aplicaram normas pátrias; por outro, que o art. 46.º não utiliza o advérbio *manifestamente* (por comparação com o art. 54.º, especificamente dedicado à arbitragem internacional); e, por fim, no que tange às arbitragens internas, que o facto de certa arbitragem *não colocar em causa os interesses do co-*

⁽³⁹⁾ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, p. 454, “a ordem pública internacional-interna fica próxima da ordem pública interna: dela só se distingue por ter, implícita, uma mensagem legislativa de só se recorrer a ela em casos substancialmente sérios”.

mércio internacional admite um controlo mais intenso do resultado decisório⁽⁴⁰⁾.

É duvidoso que assim seja. O propósito do estabelecimento da regra da *irrecorribilidade* das sentenças arbitrais foi a preclusão de uma revisão de mérito da decisão por parte dos tribunais estaduais, independentemente do que se pense sobre a respectiva bondade. Aquele controlo ficou reservado à *ordem pública internacional*, impedindo a produção de efeitos de decisões arbitrais cujos efeitos sejam chocantes e intoleráveis. Ora, uma das características da ordem pública internacional (com ou sem o advérbio “manifestamente”) é a sua excepcionalidade, com o duplo sentido de que apenas intervém como controlo aposteriorístico do resultado e de que somente actua para corrigir resultados absolutamente intoleráveis. É por isso que a doutrina não atribui significado substantivo à modificação de 1997 do regime processual civil de reconhecimento de sentenças estrangeiras, na parte em que se introduziu o advérbio “manifestamente” ao requisito não ofensa da ordem pública internacional: limitou-se a confirmar a característica da *excepcionalidade* do instituto e não a modificar os termos da sua invocação⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, “A ordem pública na arbitragem”, *cit.*, pp. 48 e 125, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, *cit.*, p. 454 (apenas os dois primeiros argumentos).

⁽⁴¹⁾ Se bem se reparar, a norma do art. 54.º da LAV é inspirada na redacção do Código de Processo Civil quando invoca a OPI como requisito de reconhecimento de sentença estrangeira (“*não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português*”), o que constituiu uma evolução louvada pela doutrina face à redacção anterior (“*não contenha decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa*”). Ora, como explica ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 483, a nova redacção aplaude-se por traduzir melhor o funcionamento da ordem pública internacional, sem implicar um diferente efeito prático: «a introdução do advérbio “manifestamente” – na frase “cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível...” – é também uma inovação oportuna, porque traduz com propriedade o carácter excepcional da intervenção da ordem pública» (ANTÓNIO FERRER CORREIA/FERNANDO FERREIRA PINTO, “Breve apreciação das disposições do anteprojeto de código de processo civil que regulam a competência internacional dos tribunais portugueses e o reconhecimento das sentenças estrangeiras”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano

É certo que a actuação da ordem pública internacional pressupõe uma conexão com a ordem jurídica do foro (*Inlandbeziehung*), sem a qual se tem por ilegítima a mobilização de princípios jurídicos da ordem jurídica interna e obnubilar a força decisória do ordenamento mais estreitamente conectado⁽⁴²⁾. E, como vimos, o grau de ligação com o foro implica intensidades de actuação mais ou menos exigentes, por atenção ao resultado. Ora, nas arbitragens internas, a conexão com o foro é fortíssima, pelo que, por natureza, o grau de intervenção da ordem pública internacional é maior do que nas arbitragens internacionais – em que a ligação à ordem jurídica portuguesa será mais ténue – e ainda mais excepcional quando a lei aplicada haja sido estrangeira.

Simplesmente, essa é uma consequência da *relatividade da OPI*, já que uma situação jurídica que apresente uma ligação mais ténue ao foro não chocará da mesma medida os princípios desse ordenamento do que uma situação que produza cabalmente os seus efeitos no cerne daquela ordem jurídica: são esses os casos em que a divergência entre o critério seguido na decisão questionada e os constantes da lei portuguesa assume relevância decisiva “em virtude de se poder vir a criar uma situação jurídica que, como corpo estranho e inassimilável, ficaria a «po-luir» o dito ordenamento do foro”⁽⁴³⁾.

XIII, 1987, pp. 25-64, p. 53). No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, *cit.*, p. 520; RUI MOURA RAMOS, *A reforma do direito processual civil internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 45; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (Alterações ao regime anterior)”, in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 105-154, p. 140; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 73-97, p. 93. Por esta razão, a doutrina habitualmente sublinha o carácter *manifesto* da ofensa enquanto requisito essencial para a mobilização do instituto (LUÍS BARRETO XAVIER, *Sobre ordem pública internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, *cit.*, p. 88; F. B. CARTER, “The rôle of public policy in English private international law”, *cit.*, p. 2).

⁽⁴²⁾ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 262; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 413.

⁽⁴³⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, *cit.*, p. 263. É por isso que ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO

Assim, a diferente formulação das normas do art. 46.º e do art. 54.º da LAV não corresponde a um conceito distinto: a ordem pública internacional, mesmo no quadro das arbitragens internas, só pode ser invocada quando a produção de efeitos da decisão arbitral *viole manifestamente* a ordem pública internacional (porquanto, mesmo que nessa norma não conste o advérbio de modo, a excepcionalidade é uma das suas características) e a sua apreciação faz-se por atenção aos *efeitos da decisão* (e não à decisão propriamente dita), atento o carácter aposteriorístico do instituto. Com ou sem o advérbio de modo, a actuação da ordem pública internacional para a anulação de sentenças arbitrais só pode dar-se em casos excepcionais, perante resultados intoleráveis; esta relatividade implicará que, nas arbitragens internacionais, essa apreciação implique a análise da intensidade de ligação ao Estado do foro, sem que em causa esteja um *conceito distinto* (44).

O que acaba de se dizer não impede que se note uma incongruência na lei: se o legislador estabelece, no art. 46.º, a violação da ordem pública internacional como fundamento *geral* de anulação (e formulado, como vimos, com a redacção do CPC de 1940), perde qualquer sentido a menção, no art.

(“Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, *cit.*, e “Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa”, *cit.*, p. 127) que a excepção de ordem pública internacional será menos convocada no contexto de reconhecimento de arbitragens estrangeiras do que de arbitragens internas: é uma consequência da menor intensidade da ligação que as primeiras apresentam ao foro. No mesmo sentido, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, *cit.*, p. 205 (que sustenta estar a diferença na “maior relatividade na sua atuação”).

(44) Sublinhando tratar-se do mesmo exacto conceito, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 569.

Repare-se que, para ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, *cit.*, p. 212, o advérbio *manifestamente* deve ser lido no sentido de *certamente* ou *efectivamente*, procurando evitar a sua mobilização em situações só *eventualmente* chocantes. Por nossa parte, julgamos que a limitação da actuação da reserva de OPI a ofensas reais aos valores do ordenamento jurídico é uma consequência da sua *excepcionalidade*.

54.º, que nas arbitragens internacionais que hajam aplicado lei estrangeira *para além dos fundamentos do art. 46.º*, pode ser anulada “*se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional*”. Esta redundância dever-se-á a uma opção tardia de inserir como fundamento de anulação a violação da ordem pública internacional. Com efeito, a Proposta de Lei n.º 48/XI (que caducou antes de se converter em LAV e deu origem, na legislatura seguinte, à Proposta de Lei n.º 22/XII, aprovada como LAV), consagrava a possibilidade de anulação da decisão arbitral quando “*o conteúdo da sentença contrarie os princípios da ordem pública*” (interna); a alteração da opção legislativa terá prejudicado a coerência do regime aprovado (45).

Aliás, como o Acórdão anotado demonstra, não é uma impossibilidade lógica a utilização do con-

(45) Concordamos, assim, com SAMPAIO CARAMELO (*A impugnação da sentença arbitral*, *cit.*, pp. 78 e 87-89, e “A Sentença Arbitral Contrária à Ordem Pública Perante a Nova LAV”, *cit.*, p. 17) e com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit.*, p. 651. Sobre o processo legislativo que deu origem à LAV, e indicação das vicissitudes por que passou a iniciativa ainda antes de chegar ao Parlamento, vide ARMANDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, *cit.*, pp. 710 e segs. (explicando que este fundamento de anulação das arbitragens internas “*não constava do Anteprojecto da APA, tendo sido incluído pelo Governo na sua proposta de lei*” – p. 748, nota 67) e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A Sentença Arbitral Contrária à Ordem Pública Perante a Nova LAV”, *cit.*, pp. 14 e segs. Igualmente criticando a estranheza da redacção final, cfr. MARIA HELENA BRITO, “As novas regras sobre arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, *cit.*, p. 48.

Alguns doutrinários procuram reconhecer sentido útil a esta repetição. Para ROBIN DE ANDRADE (“Balço de um ano de vigência da nova Lei de Arbitragem Voluntária”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 147 e segs., p. 157) a invocação da reserva de ordem pública internacional do art. 54.º não se submete ao prazo de requerer a anulação da decisão arbitral; para DÁRIO MOURA VICENTE (“Anotação ao artigo 54.º”, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Dário Moura Vicente, Coimbra, Almedina, 2015, p. 138, e “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, *cit.*, p. 337) a regra do art. 54.º é especial em relação à do artigo 46.º porque a sua intervenção depende da existência da *ligação relevante ao foro* – a qual estará demonstrada nas arbitragens submetidas à lei portuguesa e pode não existir nas demais. Tal não impede que o Professor denote a inadvertência do legislador, na redacção legal combinada dos arts. 46.º e 54.º (“Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, *cit.*, p. 338).

ceito de ordem pública internacional neste campo: visando este instituto um controlo *do resultado* – não dirigindo uma censura à lei estrangeira mas aos efeitos da sua aplicação – o tribunal *desinteressase* da questão de saber se os critérios decisórios constam de lei portuguesa, estrangeira ou de equidade e apura somente a tolerabilidade dos efeitos da decisão à luz dos princípios fundamentais da ordem jurídica.

b) A tese da inconstitucionalidade da norma

Uma segunda proposta doutrinal indica uma *interpretação correctiva* do art. 46.º da LAV, submetendo a anulação das sentenças à *ordem pública interna*. Isto é, defende-se que, na anulação das sentenças arbitrais *submetidas à lei portuguesa*, devem os tribunais estaduais apreciar a transgressão de normas e princípios de ordem pública interna, com fundamento na inconstitucionalidade, por violação do direito à tutela jurisdicional efectiva, da restrição da anulação à ofensa da ordem pública internacional (46).

O problema do critério de anulação de sentenças arbitrais não é novo. Com efeito, na vigência do direito anterior da arbitragem, parte da doutrina entendia que, para além dos fundamentos de anulação elencados na lei, a *ofensa à ordem pública* implicaria a anulação de sentenças arbitrais, dis-

(46) É a posição de ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, *cit.*, p. 656.

A ideia de inconstitucionalidade da inexistência de controlo da *ordem pública interna* nas arbitragens domésticas era já sugerida, na vigência do direito anterior da arbitragem, por ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA: “na arbitragem doméstica tem de se reconhecer como fundamento de anulação a violação de ordem pública interna, na medida em que é impossível admitir a inexistência total de controlo estadual da aplicação do seu direito. Nenhum Estado (porque é de Direito) pode tolerar a existência de tribunais privados que não apliquem as regras que esse Estado (esse povo) entendeu essenciais” (“A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *cit.*, p. 52). De modo até mais claro, CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA defendiam que a equiparação de tribunais arbitrais a estaduais dependia de um controlo *da ordem pública interna*, sem o qual o Estado estaria a abdicar da aplicação do seu direito, pondo em causa a sua posição como Estado de Direito (“A arbitralidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts”, *cit.*, pp. 485 e 486).

cutindo-se se o critério seria o da *ordem pública internacional* (47), ou a *ordem pública interna* (48). Ora, na actual LAV, o legislador tomou inequivocamente uma opção (discutível): estabeleceu a *ordem pública internacional* como fundamento de anulação, distanciando-se da proposta de lei n.º 48/XI (49).

Como decorre das nossas conclusões precedentes, julgamos que a opção legislativa é muito questionável, por tornar disponível a ordem jurídica nacional em litígios arbitráveis e arbitrados. E pode mesmo constituir “*um perigo para a credibilidade da arbitragem*” já que “*pode ser vista como um expediente que permitiria às partes fugirem à aplicação dos princípios e normas de ordem pública (interna)*” (50). Todavia, não cremos que se haja ultrapassado o limite da constitucionalidade: se todas as leis inconstitucionais são más, nem todas as más leis são inconstitucionais. E o que parece encontrar-se aqui é uma *má*

(47) Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, *cit.*, p. 174, e “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, *cit.*, pp. 1025 e segs.; ANTÓNIO QUIRINO SOARES, “Impugnação de decisões arbitrais. A acção anulatória”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, 2009, pp. 3-18, p. 16.

(48) Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, 1992, pp. 893-1018, p. 944; ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *cit.*, p. 52; CLÁUDIA TRABUCO/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A arbitralidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts”, *cit.*, p. 486; PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, “Fundamentos de anulação da sentença arbitral: perspectivas de *iure condito* e de *iure condendo*”, *cit.*, p. 1085.

(49) Neste sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 310; DÁRIO MOURA VICENTE, “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, *cit.*, p. 333.

Na versão inicial do projecto, propunha-se o fundamento de violação da *ordem pública (interna)* (cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano 2, 2009, pp. 7-56, p. 51). Todavia, o receio de os tribunais estaduais serem inundados com pedidos de anulação (e porventura o propósito de equiparar as arbitragens internas às internacionais) terão conduzido a uma versão mitigada, estabelecendo-se a *ordem pública internacional* como fundamento de anulação (JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Anotação ao artigo 46.º”, *cit.*, p. 126).

(50) Cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Da ordem pública no processo arbitral”, *cit.*, p. 656. Cfr. a doutrina crítica a que nos referimos *supra*, nota 11.

opção legislativa que, contudo, não chega a transgredir a Constituição. Vejamos.

A inconstitucionalidade da norma que limita à ordem pública internacional a anulação das sentenças arbitrais por violação da tutela jurisdicional efectiva apenas poderia sustentar-se em uma de duas conclusões: ou no entendimento de que a Constituição, equiparando os tribunais arbitrais aos tribunais judiciais (art. 209.º) ⁽⁵¹⁾ garante um direito ao recurso – que não seria suficientemente tutelado pela anulação da sentença por ofensa da ordem pública internacional ⁽⁵²⁾; ou na assunção de que o direito de acesso ao direito implica a viabilidade de recusa de efeitos a sentenças que hajam aplicado incorrectamente a lei competente.

Ora, nenhum dos argumentos procede.

Desde logo, é jurisprudência assente do Tribunal Constitucional que a Constituição não impõe um duplo grau de jurisdição, tendo-se vindo a considerar conferida ao legislador uma ampla margem de discricionariedade na modelação do direito ao recurso, designadamente quanto à concreta conformação e delimitação dos pressupostos de admissi-

⁽⁵¹⁾ Esta equiparação decorre da Constituição (art. 209.º) e vem sendo sublinhada pelo Tribunal Constitucional, como notam RUI MEDEIROS/MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, “Anotação ao art. 202.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Jorge Miranda/Rui Medeiros, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 9-35, p. 18; PAULO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 209.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 104-125; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A Arbitragem e a Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora – Tribunal Constitucional, 2014, pp. 233-268, p. 242. Cfr. Acórdãos n.ºs 52/92 e 506/96, que concluiu não ser inconstitucional a atribuição do efeito de caso julgado às decisões arbitrais.

⁽⁵²⁾ Com efeito, a equiparação constitucional implica que a exigência de tutela jurisdicional seja idêntica nos tribunais estaduais e arbitrais (JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 399).

É sabido que esta acção de anulação regulada no art. 46.º da LAV congrega aspectos próprios de um verdadeiro recurso, já que corre no tribunal de segunda instância (art. 59.º, n.º 1, alínea g), e n.º 2, da LAV) e admite um limitado controlo de mérito (a ofensa à ordem pública internacional). É por esta razão que a doutrina discute se o termo *acção de anulação* foi o mais feliz. Sobre a controvérsia, vide a ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, cit., pp. 743 e segs.

bilidade e do regime dos recursos, não se lhe impo-ndo, salvo parcas limitações – como as decorrentes das especificidades existentes no domínio processual penal – a consagração de um sistema de recursos ilimitado: o legislador apenas está impedido de eliminar em todo e qualquer caso a faculdade de recorrer (o que decorre da previsão constitucional de tribunais de recurso) ⁽⁵³⁾. E mesmo os Autores divergentes desta posição sustentam impor-se recurso apenas para as *decisões que afectem direitos, liberdades e garantias* ⁽⁵⁴⁾; ora, quanto a estes, a anulação da decisão por violação da ordem pública

⁽⁵³⁾ Quanto à ampla margem de liberdade no sistema de recurso, vide os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 359/86, 163/90, 346/92, 475/94, 489/95, 501/96, 125/98, 202/99, 77/01, 360/05, 44/08, 328/12, 243/13 disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*. Assim, no Acórdão n.º 638/98, o Tribunal determinou que “A Constituição não contém preceito expresso que consagre o direito ao recurso para um outro tribunal, nem em processo administrativo, nem em processo civil”.

Tão pouco a generalidade da doutrina desvela do direito à tutela jurisdicional efectiva um direito ao recurso, mas apenas a existência de *acções e recursos adequados às pretensões* dos cidadãos, a tutela jurisdicional mínima. Cfr. JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 416; J. M. SÉRVULO CORREIA/TERESA SERRA, “Inconstitucionalidade da norma que não permite o acesso aos tribunais superiores em via de recurso, em processo com valor superior à alçada do tribunal recorrido”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 58, 1998, pp. 969-1002, p. 981; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil*, Lisboa, Lex, 1992, p. 99, e “Constituição e Processo Civil”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora – Tribunal Constitucional, 2007, pp. 543-567, p. 557; CARLOS LOPES DO REGO, “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas, 1993, pp. 41-96, p. 80.

Atente-se que a jurisprudência constitucional adopta um crivo distinto quando se debruça sobre *arbitragens necessárias*, em que não existe esta dimensão voluntária. Assim, apesar de se concluir que a arbitragem necessária não ofende o direito à tutela jurisdicional, entendeu impor-se nestes casos (e diferentemente do que sucede nas arbitragens voluntárias) um direito de recurso para os tribunais estaduais, cujo acesso ficaria precludido sem acordo das partes da sua falta (cfr. Acórdãos n.ºs 123/2015 e 781/2013). Sobre esta questão, cfr. CARLOS LOPES DO REGO, “Garantia da via judiciária, arbitragem necessária, direito ao recurso e patrocínio judiciário: questões recentes na jurisprudência constitucional”, in *Julgat*, n.º 29, 2016, pp. 77-101, p. 90.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. as declarações de voto de VITAL MOREIRA e ANTÓNIO VITORINO, respectivamente no Acórdão n.º 65/88, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 11, p. 653, e no Acórdão n.º 202/90, *id.*, vol. 16, p. 505.

internacional acautelar a sua transgressão, atento o seu papel *conformador* na reserva de ordem pública internacional.

Mas ainda que um direito ao duplo grau de jurisdição fosse atribuído pela Constituição, é bom de ver que se preencheriam todos os pressupostos materiais para a sua restrição legal (art. 18.º da Constituição), já que a arbitragem constitui um mecanismo de resolução de litígios *voluntário*, em que a regra de irrecorribilidade pode ser afastada pelas partes e em que fica sempre salvaguardado o controlo do resultado, garantindo, como vimos, o cumprimento dos valores fundamentais e a garantia do processo equitativo – sendo certo que o direito a pedir a anulação é irrenunciável (n.º 5 do art. 46.º da LAV) ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Isto é, mantém-se o modelo em que persiste um *cordão umbilical* entre os tribunais arbitrais e a jurisdição estadual, que é visível, *inter alia*, neste direito de pedir a anulação (MARIA JOSÉ CAPELO, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pp. 101-116, p. 104).

É por esta razão que SAMPAIO CAMELO sufragava a conformidade constitucional do regime instituído (*A impugnação da sentença arbitral*, cit., p. 18) e que MENEZES CORDEIRO entende ver aqui a natureza indeclinável da tutela jurídica (*Tratado da Arbitragem*, cit., p. 455). No mesmo sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 295. Sobre esta irrenunciabilidade, vide ainda JOSÉ LEBRE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª ed., Coimbra, GestLegal, 2017, pp. 88 e segs.; e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da sentença arbitral*, cit., p. 18.

Sobre a licitude das restrições do acesso à via judiciária, vide CARLOS LOPES DO REGO, “O direito fundamental do acesso aos Tribunais e a reforma do processo civil”, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 731-766, p. 736; RUI MEDEIROS, “Anotação ao art. 20.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 415-456, p. 436.

Também não procede o eventual argumento segundo o qual o direito à tutela jurisdicional efectiva abrange o direito a ver aplicada *correctamente* a lei competente. Se assim fosse, seria inconstitucional o regime de reconhecimento de sentenças estrangeiras [que não garante a faculdade de os interessados requererem um controlo de mérito aos tribunais judiciais ⁽⁵⁶⁾] e, por maioria de razão, o próprio crivo de reconhecimento de *sentenças arbitrais estrangeiras*, ele mesmo restrito à ordem pública internacional ⁽⁵⁷⁾. Ou mesmo a existência de decisões judiciais irrecorribéis, que o Tribunal Constitucional já concluiu ser conforme à Constituição, como se viu.

Assim, parece que a opção legislativa é criticável mas não é inconstitucional. E, assim, parece certa a aplicação da LAV pelo acórdão anotado.

AFONSO PATRÃO

⁽⁵⁶⁾ Como é sabido, o sistema interno de reconhecimento de sentenças estrangeiras não inclui um controlo de mérito da decisão revista e confirmada – cfr. art. 980.º do CPC.

⁽⁵⁷⁾ Poderá ter sido, aliás, o propósito de equiparar a anulação de sentenças arbitrais internas com a anulação de sentenças arbitrais internacionais e com o reconhecimento de sentenças internas, como propunha LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, cit., especialmente no capítulo I, alínea c).