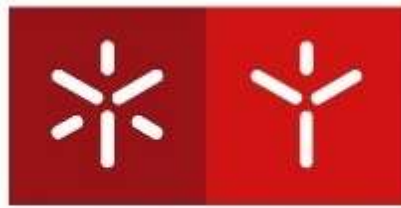


Universidade do Minho
Escola de Direito

João Nuno Queirós Ribeiro de Barros

A Escolha do Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional

Julho de 2015



Universidade do Minho
Escola de Direito

João Nuno Queirós Ribeiro de Barros

A Escolha do Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da

**Professora Doutora Anabela Susana de Sousa
Gonçalves**

Julho de 2015

Declaração

Nome: João Nuno Queirós Ribeiro de Barros

Endereço eletrónico: joaobarrosnadv@gmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 13745433 3ZY2

Título da dissertação: A Escolha do Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional

Orientadora: Professora Doutora Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, __/__/____

Assinatura:

Agradecimentos

Não teria sido possível a redação da presente dissertação sem o apoio e a ajuda prestados por várias pessoas: a todos os que estiveram presentes e me apoiaram, um enorme obrigado. Cumprirá, no entanto, individualizar e agradecer àqueles que de forma mais notória contribuíram para a realização da presente investigação.

À minha namorada, por toda a disponibilidade, paciência, apoio, ajuda, conforto e carinho que sempre dedicou, não poderia deixar de prestar o maior dos agradecimentos. Obrigado por tudo.

À minha família, que sempre me proporcionou todas as possibilidades, e por todo o entusiasmo e apoio demonstrados durante a realização da dissertação, gostaria também de expressar um profundo agradecimento.

Agradeço igualmente a todos os meus amigos que, de uma forma ou outra, contribuíram com a sua amizade e disponibilidade para que nunca faltasse a disposição necessária subjacente à elaboração de uma dissertação de mestrado. Uma palavra especial deve ser dirigida ao João Carlos Casulo, com quem debati durante largas tardes os conteúdos do presente estudo, e cujo contributo se afigurou imprescindível.

Ao Dr. Nuno Albuquerque, por todo o tempo disponibilizado, compreensão, material facultado, apoio, e por me ter apresentado ao mundo da arbitragem, um sincero agradecimento.

À Professora Doutora Anabela Gonçalves, orientadora da presente dissertação, por toda a confiança, ajuda, apoio, disponibilidade, rigor, exigência e interesse com que orientou a presente dissertação, um especial obrigado. Sem dúvida que o resultado final se fica a dever, em larga escala, ao contributo e apoio prestados.

Índice

Modo de citar	viii
Resumo	x
Abstract	xi
Lista das principais abreviaturas utilizadas	xii
INTRODUÇÃO	1
1. - Objeto de estudo	1
2. - Delimitação do objeto de estudo	7
3. - Fontes da arbitragem comercial internacional	12
3.1 – Fontes públicas nacionais	13
3.1.1 – França	13
3.1.2 – Inglaterra	14
3.1.3 – Itália	15
3.1.4 – Estados Unidos da América	16
3.1.5 – Portugal	16
3.2 – Fontes públicas internacionais	17
3.3 – Fontes privadas	21
CAPÍTULO I – ALGUMAS ESPECIFICIDADES DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	23
1. – Os usos do comércio internacional	23
1.1 – <i>Lex mercatoria</i>	23
1.2 - Os princípios UNIDROIT	28

2. – A <i>soft law</i> em matéria de arbitragem comercial internacional	33
2.1 – Definição de <i>soft law</i> internacional	33
2.2 – <i>Soft law</i> na arbitragem comercial internacional – a Lei-Modelo da UNCITRAL	36
CAPÍTULO II - DECISÃO COM BASE NA EQUIDADE	41
1. – A decisão com base na equidade na arbitragem comercial internacional	41
1.1 – Considerações gerais sobre a equidade	41
1.2 – Aplicabilidade da equidade ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional	43
2. – A figura da <i>amiable composition</i>	53
3. – A decisão com base no direito constituído	59
CAPÍTULO III – A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DO LITÍGIO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL PELAS PARTES	61
1. – Notas sobre o princípio da autonomia da vontade e sua consagração nas fontes da arbitragem comercial internacional	61
2. – A conexão entre o direito escolhido e a relação jurídica	71
3. – Consentimento na escolha do normativo aplicável	72
4. – O momento da escolha do direito aplicável pelas partes	76
5. – Hipóteses ao dispor das partes	78
5.1 – Leis nacionais	78
5.1.1 – A inoperabilidade do reenvio	86

5.2 – Normas internacionais	89
5.2.1 – Admissibilidade e validade da escolha	90
5.2.2 – Opções ao dispor das partes	96
CAPÍTULO IV – A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DO LITÍGIO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL PELOS ÁRBITROS INTERNACIONAIS	103
1. – Breve análise da figura do árbitro internacional	104
2. – Métodos utilizados pelos árbitros internacionais na falta de acordo das partes quanto ao direito aplicável	109
2.1 – Método direto	110
2.2 – Utilização de normas de conflitos	114
3. – A conexão mais estreita enquanto critério de escolha do direito aplicável	124
4. – O objeto da escolha	129
CAPÍTULO V - LIMITES IMPOSTOS PELA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	137
1. – Noção de ordem pública internacional	137
2. – Breves notas sobre os limites impostos pela ordem pública internacional na escolha do direito aplicável ao mérito do litígio	144
Conclusões	155
Bibliografia	163
Jurisprudência consultada	183
Endereços eletrônicos consultados	187

Modo de citar

As obras citadas pela primeira vez são referidas pelo nome do autor (maiúsculas pequenas), título, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), editora, ano e páginas. Nas posteriores referências apenas se faz menção ao nome do autor, obra e às páginas, sendo que a obra citada será identificada “*ob.cit.*”. E, quando se faz referência a mais do que uma obra do mesmo autor, nas posteriores referências à primeira citação, a obra será identificada com as primeiras palavras do título.

Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo nome do autor (maiúsculas pequenas), título do artigo/livro, nome do organizador (se aplicável), número da edição (se aplicável), volume (se aplicável), editora, ano e páginas.

Quando se queira citar, de seguida, o mesmo autor e a mesma obra, em notas de rodapé imediatamente seguidas, utilizar-se-á o termo “*idem*” caso a página da obra citada seja a mesma, ou o termo “*ibidem*” caso as páginas a citar sejam diferentes.

As citações de jurisprudência são feitas através da indicação do tribunal, data e local da publicação ou sítio da Internet onde se encontra disponível (quando possível).

Na bibliografia, as obras são referidas pelo apelido do autor (maiúsculas), nome do autor, título de livro, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), cidade (se aplicável), editora, ano. Os capítulos e artigos citados de livros ou revistas são referidos pelo apelido do autor (maiúsculas), nome do autor, título do artigo/livro, nome do organizador (se aplicável), número da edição (se aplicável), volume (se aplicável), editora, ano, primeira e última página. A ordenação das obras do mesmo autor assenta num critério cronológico.

As transcrições são efetuadas na respetiva língua, não se elaborando traduções das citações diretas de molde a não cometer o risco de atentar contra o seu real sentido.

Resumo

“A Escolha do Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional”

O presente estudo resume-se à análise dos problemas decorrentes da seleção do Direito que se considere aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. A sua elaboração tem como principal propósito o esclarecimento acerca das soluções propostas pela doutrina e jurisprudência, relativamente aos problemas que possam advir da inevitável escolha do normativo que deva regular a resolução de litígios plurilocalizados com recurso à arbitragem.

Cada vez mais se encontra enraizado o entendimento de que a arbitragem constitui o meio por excelência de resolução de litígios comerciais internacionais. Apesar da origem do instituto remontar há vários séculos, tem sido conferida nas últimas décadas uma atenção redobrada à sua utilização em sede de práticas do comércio internacional. No entanto, fruto da complexidade inerente à sua natureza jurídica, cumulativamente com o dever de respeito por princípios orientadores do Direito Internacional Privado, vários problemas surgem decorrentes da sua utilização em situações transnacionais.

Desse modo, cumprirá inicialmente explicar a figura da arbitragem comercial internacional, nunca olvidando a importância que assumem as fontes deste instituto na delimitação e concretização do seu conteúdo e modo de funcionamento. Carecem igualmente de uma exposição crítica certas especificidades subjacentes ao comércio internacional, como o sejam a explicação acerca dos métodos de escolha do direito, ou os usos e costumes dos agentes económicos internacionais, assim como a possibilidade de em sede de arbitragem poderem os árbitros decidir segundo a equidade, ou enquanto compositores amigáveis.

O principal objetivo da presente dissertação passará, contudo, pela exposição da matéria acerca do processo e objeto de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio, onde relevará a análise do princípio da autonomia da vontade das partes, assim como a indagação acerca da extensão dos poderes que são conferidos ao tribunal arbitral, caso aquelas nada hajam acordado nesse sentido.

Abstract

“The Choice of the Applicable Law to the Merits of the Dispute in International Commercial Arbitration”

This study concerns the analysis of the problems that may occur in the selection of the law deemed applicable to the merits of the dispute in international commercial arbitration. Its elaboration primarily aims to clarify the solutions proposed by doctrine and case law relating to the problems that may arise from the choice of law which must regulate the resolution of multi-location disputes through arbitration.

It is well known that arbitration is the preferred method to solve international commercial disputes. Despite the origin of the institute being traced back for centuries, in the past decades it has been given to it a careful attention relating to its use in solving disputes arising out of international commerce practices. However, due to the complexity inherent to its legal nature, cumulatively to the duty of respect of Private International Law principles, several problems arise in the utilization of arbitration across borders.

Thereby, it is initially imposed to give an explanation about international commercial arbitration, never forgetting the importance of the legal sources of this institute, namely relating on its definition and implementation. It is also mandatory to realize a critical exposition regarding some specificities of international trade, like the explanation about the choice of law methods, the usages of the international economic agents, as well as the possibility given to the arbitrators to decide the merits of the dispute in accordance with equity, or as friendly composers.

However, the main purpose of this dissertation is to investigate the specificities behind the process and the effective choice of the applicable law to the merits of the dispute. Therefore, it is important to analyze the principle of contractual freedom of the parties, and also to investigate the extension of the powers given to the arbitral tribunal, in the event that those parties did not reach an agreement relating to the choice of the applicable law.

Lista das principais abreviaturas

Ac. – Acordão

Art. – Artigo

BIT – Bilateral Investment Treaties

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CAC-CCIP – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa

CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil Canadá

Cap – Capítulo

CCiv – Código Civil

Cfr. – Conferir

CPC – Código de Processo Civil

DIP – Direito Internacional Privado

DL – Decreto-Lei

EUA – Estados Unidos da América

IBA – International Bar Association

ICC – International Chamber of Commerce

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LCIA – London Court of International Arbitration

LMAA – London Maritime Arbitrators Association

n.º - número

NLAV – Nova Lei da Arbitragem Voluntária

ONU – Organização das Nações Unidas

OPI – Ordem Pública Internacional

Pp(s) – Página(s)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law

Introdução

1. – Objeto de estudo

A arbitragem comercial internacional, como meio de resolução de litígios privados internacionais, apresenta-se como uma temática de elevada importância no âmbito do comércio internacional. De facto, e pese embora o recurso à arbitragem na resolução de conflitos privados datar de há muito tempo, apenas nos últimos anos se têm dedicado, a doutrina e os práticos do Direito, a explorar tal mecanismo e respetivas repercussões a nível internacional. Referem nesse sentido REDFERN e HUNTER¹ que “(...) *as a method of resolving disputes, arbitration in one form or another has been in existence for thousand years (...)*”, sendo que os estudos teóricos acerca de tal instituto, assim como a sua aplicação prática com carácter internacional e a atenção redobrada a que tal instituto se deve dispensar, por contraposição, essencialmente datam das duas últimas décadas².

Não existe, em concreto, um conceito de arbitragem comercial internacional. Assim, cumpre inicialmente definir arbitragem, sendo de seguida necessário atentar nos dois conceitos que compõem a expressão *supra* mencionada, “comercial” e “internacional”, tentando finalmente delimitar o referido instituto, objeto de estudo da presente dissertação. Deste modo, a arbitragem tem vindo a ser entendida, pela generalidade da doutrina e jurisprudência, como “(...) *a device whereby the settlement of a question, which is of interest of two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement (...)*”³. Levantar-se-ão portanto problemas quanto à natureza jurídica da arbitragem, decorrentes da sua origem contratual, da sua natureza privada e da sua função jurisdicional, problemas tais que originaram, segundo

¹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, “Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version”, 5.ª edição, Oxford University Press, ano de 2009, pp. 4.

² Bastará, para comprovar tal afirmação, atentar na elevada quantidade de fontes bibliográficas, de referência, que datam do período *supra* referido.

³ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, ano de 1999, pp. 9.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA, um aceso debate, em que se opõem teses contratuais, jurisdicionais e mistas⁴.

No que respeita ao caráter internacional da arbitragem, divergências existem quanto ao critério a adotar para que se possa considerar uma arbitragem como internacional. O primeiro critério utilizado, o da nacionalidade das partes, estabelece que uma arbitragem será considerada internacional caso à data da entrada em vigor da convenção de arbitragem, as partes nessa mesma convenção tenham a sua residência habitual ou a sua sede em diferentes Estados – tal critério é utilizado, entre outros, na Suíça⁵. O segundo critério de relevante interesse para a caracterização de uma arbitragem como internacional diz respeito à natureza do litígio que opõe as partes na arbitragem. Tal critério, adotado entre outros pelo Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC⁶ ou pelo Estado francês, estabelece que o caráter internacional derivará não da nacionalidade das partes, mas antes das características do litígio – “(...) *an arbitration is international when it involves the interests of international trade*”⁷ -, podendo uma arbitragem entre pessoas da mesma nacionalidade ser considerada internacional, quando reporte a interesses do comércio internacional. A Lei-Modelo da UNCITRAL adota, no entanto, um critério intermédio que conjuga ambos os critérios previamente referidos. Veja-se, nesse sentido, o seu artigo 1.º (3), onde estabelece que uma arbitragem será internacional caso as partes tenham residência habitual ou sede em diferentes Estados ou, alternativamente, caso o litígio assumo, ele próprio, caráter internacional⁸. Estabelece ainda que o caráter internacional da arbitragem poderá derivar do estabelecimento, pelas partes, na convenção de arbitragem, de que a causa que lhe deu origem se encontra relacionada com mais do que um Estado⁹. Na presente dissertação, iremos adotar o critério estabelecido na Lei-Modelo da UNCITRAL, de acordo

⁴ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Curso de Resolução Alternativa de Litígios”, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, ano de 2012, pps. 101-102. As teses contratuais baseiam-se no caráter contratual da sentença arbitral, que será celebrada pelos árbitros enquanto mandatados pelas partes nesse sentido. Para as teses jurisdicionais, a sentença arbitral é um ato jurisdicional, cabendo aos árbitros o papel de juízes. Para as teorias mistas os árbitros são entendidos enquanto julgadores, não exercendo contudo as funções públicas de um juiz estadual – segundo a Autora, esta é a tese prevalecente.

⁵ Vide, nesse sentido, o Art. 176.º do “Chapter 12: International Arbitration”, da Lei Suíça de Direito Internacional Privado.

⁶ Vide o artigo 1.º (1) das regras de arbitragem da ICC, que estabelece que “[the] function of the Court is to provide for the settlement by arbitration of business disputes of an international character”.

⁷ Retirado do artigo n.º 1504.º do Código de Processo Civil Francês na redação adotada desde 2011, anteriormente artigo n.º 1492.º.

⁸ Dispõem os pontos i) e ii) da alínea (b) do Art. 1.º (3) da Lei-Modelo da UNCITRAL que uma arbitragem será, igualmente, internacional, caso o lugar da arbitragem, ou o local onde parte substancial das obrigações da relação comercial a cumprir, sejam em um Estado diferente daqueles em que as partes têm a sua residência habitual ou sede.

⁹ Vide o art. 1.º (3) (c) da Lei-Modelo da UNCITRAL.

igualmente com o previsto no artigo n.º 49.º da NLAV¹⁰. Em relação ao critério da comercialidade da arbitragem, e sendo tal conceito de difícil delimitação, foi a Lei-Modelo da UNCITRAL que tratou de o recortar, tratando-o da forma o mais ampla e abrangente possível, de modo a poder cobrir todos os litígios decorrentes de relações comerciais, contratuais ou não¹¹. Assim, para efeitos da presente dissertação, e indo de encontro à opinião de REDFERN e HUNTER¹², no âmbito da arbitragem comercial internacional, o termo comercial será interpretado num sentido amplo, como incluindo todos os aspetos relacionados com o comércio internacional¹³.

Tendo em conta o enunciado no parágrafo que antecede, é possível delimitar o instituto da arbitragem comercial internacional como sendo um meio privado de resolução de litígios comerciais, contratuais ou não, e sempre decorrentes do comércio internacional, entre duas ou mais pessoas, estabelecidas ou não em diferentes Estados, em que a decisão é proferida por outra(s) pessoa(s) – o(s) árbitro(s) –, cujo poder para tal deriva da vontade das partes e não das autoridades de qualquer Estado, e cuja decisão é final e vinculativa para as partes que inicialmente decidiram submeter a causa à arbitragem.

O mecanismo da arbitragem comercial internacional distancia-se, por razões óbvias, das arbitragens domésticas levadas a cabo pelos próprios Estados, tal como as arbitragens domésticas portuguesas reguladas nos termos dispostos na Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro - NLAV. Entre muitas outras razões, podemos referir a maior autonomia ao dispor dos árbitros internacionais na condução do processo arbitral, assim como é possível constatar a existência de uma panóplia de instrumentos normativos próprios da arbitragem internacional suscetíveis de aplicação, como o são os usos,

¹⁰ Pode ver-se tal orientação em anotação redigida por DÁRIO MOURA VICENTE ao artigo n.º 49.º (1) da NLAV – vide MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, “Lei da Arbitragem Voluntária Anotada”, Almedina, ano de 2012, pp. 99.

¹¹ Vide o Art. 1.º (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹² Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob. cit.*, pp. 14.

¹³ Como nota de rodapé a anotação feita ao Art. 1.º (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL –cfr. UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration”, United Nations Commission on International Trade Law, United Nations, ano de 2012, pp. 7 - veja-se: “(...) [relationships] of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.”.

costumes e princípios que se integrem na *lex mercatoria*¹⁴, a Lei-Modelo da UNCITRAL¹⁵, entre outros, não aplicáveis às arbitragens domésticas. Refira-se ainda que o princípio estatuído no n.º 1 do artigo 51.º da NLAV, *in favorem validitatis*, que se reporta à existência de uma presunção de validade da convenção que dá origem à arbitragem, apresentando-se portanto como um mecanismo claramente pró-arbitragem, tem o seu campo preferencial de aplicação no comércio internacional¹⁶. A controversa questão relativa à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio – *lex causae* –, na arbitragem internacional, assume-se igualmente como um dos pontos de afastamento entre aquela e as arbitragens desenvolvidas internamente.

A arbitragem comercial internacional tem vindo a revelar-se como um meio indispensável de resolução de litígios decorrentes do comércio internacional. De facto, é a própria jurisprudência que tem vindo a afirmar que a arbitragem é o modo usual de resolução de litígios que resultem de transações do comércio internacional – veja-se o Ac. da *Cour d'appel* de Paris, datado de 10 de Junho do ano de 2004, relativo ao litígio que opôs a *Bargues Agro Industrie* e a *Young Pecan Companie*¹⁷. Acompanhando a opinião da jurisprudência *supra* citada, também a doutrina maioritária, entre a qual se encontra GARY BORN, entende a arbitragem comercial internacional como sendo o método por excelência de resolução de litígios comerciais internacionais: “[in] th[e] realm of international commercial transactions, arbitration has become the preferred method of dispute resolution” e “arbitration has for centuries been perceived as the most effective – if by no means flawless – means for resolving international commercial disputes”¹⁸.

A afirmação do instituto da arbitragem como o meio mais adequado de resolução de litígios comerciais internacionais fica a dever-se a determinados fatores. Entre outros, pense-se na falta de interesse dos tribunais estaduais em suportar os encargos processuais decorrentes de um litígio que não tenha qualquer conexão com o seu Estado de origem, ou ainda o interesse que as partes num litígio internacional têm

¹⁴ Refiram-se, a título de *lex mercatoria* codificada, os princípios da UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law*.

¹⁵ A título de *soft-law*.

¹⁶ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual de Arbitragem”, 2.ª edição, Almedina, ano de 2013, pp. 558.

¹⁷ Vide o endereço eletrónico “http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=165”, no dia 15/09/2014.

¹⁸ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration: Law and Practice”, Kluwer Law International, ano de 2012, pps. 16-17. É o próprio Autor a referir que a doutrina maioritária aponta nesse mesmo sentido.

em que não seja submetida, a apreciação da causa, aos tribunais da nacionalidade da contraparte, ou que com esta apresentem uma evidente conexão, sob pena de ser comprometida a imparcialidade do responsável pela administração da justiça, ou na medida em que o “ambiente familiar” dos tribunais do Estado de uma das partes no litígio lhe pode ser benéfico e, em contrapartida, prejudicial para a outra parte. O caráter especializado dos árbitros internacionais, quer nas matérias que componham a causa que deu origem ao litígio, quer na resolução de litígios internacionais, assume-se como importante fator para que as partes, no decurso de litígios que decorram do comércio internacional, submetam a sua apreciação à arbitragem. A confidencialidade do processo arbitral, por oposição à publicidade inerente à maioria dos processos judiciais nacionais, pode levar a uma maior flexibilidade de celebração de acordos entre as partes na arbitragem, permitindo-lhes a manutenção de relações comerciais vantajosas, ao invés de as destruir¹⁹. A celeridade que caracteriza os processos arbitrais internacionais, assim como a maior autonomia das partes no decurso do processo, são também razões que suportam o entendimento por nós subscrito, de que a arbitragem comercial internacional se apresenta como o meio adequado de resolução de conflitos comerciais internacionais. Outra grande vantagem que as partes podem retirar do recurso à arbitragem na resolução dos seus litígios privados internacionais é a possibilidade de a decisão, proferida pelos árbitros internacionais, ser suscetível de ser executada e ser reconhecida à luz da Convenção de Nova Iorque²⁰, como afirma MARGARET MOSES²¹. De facto, caso tal situação se verifique, “(...) a substituição da jurisdição ordinária por um tribunal arbitral só traria vantagens às partes”²².

É deveras difícil narrar a história da arbitragem, quer interna, quer internacional, já que tal implicaria uma análise minuciosa de vários ordenamentos jurídicos e dos desenvolvimentos que tal temática foi sendo alvo no decorrer dos anos. Referem nesse sentido REDFERN e HUNTER que “[a] truly general history would involve a ‘round-the-world tour’ of libraries and universities, court texts, and historical records (...)”,

¹⁹ *Ibidem*, pp. 15 - o Autor afirma que “[public] disclosure can encourage “trial by press release” and may impede compromises, by hardening positions, aggravating tensions, or provoking collateral disputes”.

²⁰ Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que conta com mais de 140 Estados-parte, do ano de 1958.

²¹ Cfr. MOSES, Margaret L., “The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”, Cambridge University Press, ano de 2008, pp. 3.

²² Cfr. VENTURA, Raul, “Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais”, in “R.O.A.”, ano 46, volume 1, ano de 1986, pps. 289-337, mais precisamente na pp. 334, disponível para *download* em www.oa.pt.

afirmando ainda que “(...) *this would be no easy task*”²³. De tal afirmação se retira o longo percurso que a arbitragem percorreu de modo a afirmar-se, hoje em dia, como um legítimo meio de resolução de litígios.

No que respeita à temática da arbitragem comercial internacional em Portugal, é importante referir que o próprio instituto da arbitragem foi alvo em 2011 de uma profunda reforma, com a entrada em vigor da NLAV. Entre outras matérias alvo de alteração, o Capítulo referente à arbitragem internacional foi aperfeiçoado no âmbito de tal reforma. De facto, com a NLAV, desde a sua entrada em vigor, Portugal passou a demonstrar uma maior abertura e um tratamento mais aperfeiçoado e adequado no que diz respeito às arbitragens internacionais que prossigam os seus termos sob a regulamentação da referida lei, conforme pode ser comprovado com recurso aos artigos 49.º a 58.º, presentes no Capítulo IX da NLAV.

No presente subcapítulo cumpre finalmente referir que a arbitragem comercial internacional pode assumir uma de duas faces: arbitragem *ad-hoc* ou arbitragem institucionalizada²⁴. Não nos vamos alongar em demasia em tal distinção, por duas razões: em primeiro lugar, esta não carece de um grande aprofundamento académico, na medida em que se apresenta de fácil perceção; em segundo lugar, já que *infra* iremos analisar a importância dos centros institucionalizados de arbitragem internacional como fonte privada da arbitragem comercial internacional, sendo que tal matéria é, na presente distinção, o que de maior relevo resulta.

Ora, uma arbitragem *ad-hoc* será aquela que é conduzida pelas regras estabelecidas pelas próprias partes na arbitragem ou pelo tribunal arbitral constituído por força da convenção de arbitragem celebrada entre aquelas²⁵. Como principal vantagem refira-se a possibilidade de as partes poderem adaptar a arbitragem aos seus próprios intuítos e ao que mais adequado se apresenta em face da natureza do litígio. Comporta, no entanto, o recurso a uma arbitragem *ad-hoc*, aparentes desvantagens, tal como a excessiva dependência, no que concerne ao sucesso da arbitragem, da total cooperação das partes e respetivos mandatários, o que em situações de litígio nem sempre sucede, ou ainda o facto de o sucesso do processo arbitral e subjacente decisão dependerem sempre de um

²³ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 4.

²⁴ Relativamente a este tema, sugere-se desde já a leitura de LALIVE, Pierre, “Avantages et Inconvénients de l’Arbitrage “Ad Hoc””, in “*Etudes Offertes à Pierre Bellef*”, Litec, ano de 1991, pps. 301-321.

²⁵ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pps. 52-53.

sistema legal que se apresente adequado às características do litígio²⁶. Outras dificuldades poderão provir, nomeadamente em relação a questões de anulação de sentenças arbitrais, assim como no que concerne ao exercício do princípio da competência-competência²⁷.

Por outro lado, uma arbitragem institucionalizada será aquela que é administrada por uma instituição arbitral especializada, e sob as regras por esta definidas e aplicáveis em relação à arbitragem²⁸. Como principais vantagens refiram-se as provas dadas de que as regras estabelecidas pelos próprios centros, aplicáveis à arbitragem, foram testadas e resultam, assim como a existência de funcionários especializados e inteiramente dedicados a fazer com que os processos arbitrais corram os seus termos dentro dos limites das regras aplicáveis, e ainda a prestar o total apoio às partes e respetivos mandatários no decurso da arbitragem. No entanto, também desvantagens emanam do recurso a um centro institucionalizado de arbitragem, tal como os elevados custos a serem liquidados pelas partes de modo a verem a sua causa correr os seus termos sob a égide de determinado centro de arbitragem. Para efeitos de opinião, somos a acreditar que o recurso a um centro institucionalizado de arbitragem, pese embora os elevados custos, se apresenta como mais aconselhável, quando comparado a uma arbitragem *ad-hoc*, no âmbito do comércio internacional, baseando-se tal opinião na comprovada experiência e nas provas dadas acerca da matéria de resolução de litígios privados internacionais, que caracteriza alguns dos mais importantes centros de arbitragem institucionalizados.

2. – Delimitação do objeto de estudo

Dada a enorme quantidade de problemáticas com que se deparam os estudiosos do instituto da arbitragem comercial internacional, assume-se de elevada importância a delimitação do objeto de estudo das dissertações e artigos escritos sobre tais matérias. Caso contrário, seria impossível tratar com a precisão, assim como seria árduo dispensar a atenção que as problemáticas decorrentes do estudo da arbitragem comercial internacional exigem. No nosso caso, e atenta a dimensão adequada a uma dissertação

²⁶ *Ibidem*, pp. 54.

²⁷ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Curso...”, *ob.cit.*, pp. 105.

²⁸ *Infra* enunciaremos alguns dos mais importantes centros de arbitragem institucionalizada.

de mestrado, grau que nos propomos a obter, assume especial relevo realizar uma delimitação do objeto do presente estudo, que permita ao leitor entender sob que área da arbitragem comercial internacional nos iremos debruçar.

Como ponto de partida para a realização de tal tarefa, é imperativo referir que a arbitragem que nos propomos a analisar na presente dissertação se circunscreve àquela que é levada a cabo tendo em vista a resolução de litígios de direito privado. Desse modo, fica excluído o estudo, na dissertação, da resolução, por via arbitral, de litígios públicos e semipúblicos, internos ou internacionais, também possíveis. Pense-se que tais arbitragens, de litígios semipúblicos e públicos, têm assumido nos últimos anos um importante papel quer a nível interno, quer internacional. A nível interno, refiramos a título exemplificativo o DL n.º 10/2011 de 20 de Janeiro, que regulamenta a arbitragem em matéria tributária, em território nacional, administrada sob a égide do CAAD. Por outro lado, a nível internacional, pense-se nas arbitragens de proteção de investimento²⁹, que resultam regra geral de Tratados celebrados entre dois Estados – os BIT – que se destinam a conferir um elevado grau de proteção aos investidores nacionais de um Estado parte no Tratado, quando invistam no outro Estado parte no BIT, assim como a estabelecer condições de igualdade de tratamento, perante o Estado, entre os investidores estrangeiros e os nacionais do Estado onde o primeiro investiu³⁰. No entanto, tal como referimos *supra*, não será a presente dissertação o local de desenvolvimento de tal temática. Antes nos iremos “apenas” debruçar sobre a arbitragem comercial internacional como meio de resolução de litígios de direito privado.

Em segundo lugar, e de acordo com o desenvolvido no subcapítulo que antecede, a presente dissertação apenas será direcionada para a arbitragem a nível internacional. De facto, as especificidades previamente referidas acerca da arbitragem internacional, cumuladas com as diferenças de tratamento existentes entre arbitragens internacionais e domésticas, assim o justificam. Não quererá tal dizer que no decurso da presente dissertação não iremos fazer referências a leis de arbitragem nacionais de

²⁹ Como, por exemplo, as arbitragens ICSID, administradas sob a égide do Banco Mundial.

³⁰ A título de curiosidade, Portugal tem celebrados BIT, de acordo com o ICSID, de modo a conferir proteção aos investidores nacionais no estrangeiro, com a Albânia, Argélia, Angola, Argentina, Bósnia Herzgovina, Brasil, Bulgária, Cabo Verde, Chile, China, Croácia, Cuba, República Checa, Egito, Gabão, Alemanha, Guiné-Bissau, Hungria, Índia, República da Coreia, Letónia, Líbia, Lituânia, Maurícia, México, Marrocos, Moçambique, Paquistão, Paraguai, Peru, Filipinas, Polónia, Roménia, Rússia, São Tomé e Príncipe, Eslováquia, Eslovénia, Timor-Leste, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela e Zimbabwe.

determinados países. Sucede apenas que tais referências serão realizadas não com o intuito de desenvolvimento de temáticas relacionadas com arbitragens privadas domésticas, mas sim possivelmente como pontos de conexão, comparação ou por vezes de afastamento entre aquelas e as arbitragens internacionais.

O vasto tema da arbitragem comercial internacional comporta inúmeras outras especificidades e características que se assumem de indispensável análise. Desde a redação da cláusula de arbitragem, onde nos deparamos com os seus efeitos, positivos e negativos, com problemas relacionados com o direito aplicável à cláusula, analisando a instância arbitral ou ainda a constituição do tribunal arbitral, nunca descurando dos poderes à disposição dos árbitros internacionais, e terminando com uma análise do direito aplicável ao mérito do litígio no laudo arbitral, assim como o seu reconhecimento e execução, muitos são os importantes campos que reclamam um estudo aprofundado dentro da área da arbitragem internacional.

Todas estas áreas, englobadas na arbitragem internacional, carecem de uma análise profunda e especializada, a fim de ser possível afirmar-se, de facto, tal instituto como meio por excelência a ser adotado na resolução de litígios privados internacionais, quando comparada aos tribunais estaduais.

No entanto, dada a dimensão adequada a um estudo como o que nos propomos a realizar, ser-nos-á impossível, no âmbito da dissertação que se segue, analisar todas aquelas matérias de acrescido relevo no âmbito do objeto de estudo *supra* comentado.

Nesta perspetiva, a dissertação que nos propomos a realizar procurará fundamentalmente analisar aquela que se nos afigurou como a área menos estudada em Portugal e que mais controvérsia tende a gerar no âmbito do objeto de estudo previamente definido: a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional.

De facto, a temática relativa à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional acarreta por si só uma mescla de matérias dignas de um estudo aprofundado. Tal temática engloba quer particularidades relacionadas com a arbitragem comercial internacional, quer ainda especificidades relacionadas com o DIP. Senão vejamos: é de todo impossível estudar o direito aplicável na arbitragem internacional sem ser detentor de conhecimentos relativos às teorias do DIP referentes

às normas de conflitos e elementos de conexão utilizados em tal área do Direito. No que concerne à arbitragem internacional, será imperativo averiguar em que medida prevalece a vontade das partes no que respeita à escolha do direito aplicável em todas as fases do processo arbitral, desde a elaboração da convenção de arbitragem internacional, até ao momento em que é aplicada determinada disposição ao mérito da causa. No entanto, por se afigurar tal temática excessivamente extensa e digna de um tratamento autonomizável direcionado para cada fase do processo que compõe o instituto em estudo, apenas nos centraremos na escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. Sendo o fenómeno arbitral por si só reflexo do princípio da autonomia da vontade das partes, princípio que adquire força superior quando aplicável no âmbito do comércio e da arbitragem internacionais, seria de todo o relevo, por exemplo, atentar em que medida a escolha do direito aplicável à convenção de arbitragem está na disposição das partes na arbitragem, ou dos árbitros internacionais³¹. Contudo, tal investigação não será, na presente dissertação, e por força

³¹ Para um estudo mais aprofundado relativamente às temáticas que respeitam à convenção de arbitragem comercial internacional, como as suas características, a sua autonomia em relação ao contrato em que se insere e às leis nacionais, à escolha do direito que lhe deve ser aplicável, entre várias outras matérias de relevo, vide BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem Comentada”, Almedina, ano de 2013, pp. 38 e ss, e MOTULSKY, Henri, “ECRITS – VOL. 2 – ETUDES ET NOTES SUR L’ARBITRAGE”, volume 2, Dalloz, ano de 1974, pps. 335 e ss, e CLAY, Thomas, PINSOLLE, Philippe e VOISIN, Thomas, “French International Arbitration Law Reports: 1963–2007”, publicada em Abril de 2014, versão *e-book*, e JARROSON, Charles, “Cosiac v. consorts Luchetti eta utre, Cour d’appel de Paris (1Ch. suppl.), 4 March 1986”, in “Revue de l’arbitrage”, Volume 2, Kluwer Law International, ano de 1987, pps. 167-174., e DIAMVUTU, Lino, “O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária”, in “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação”, Ano III, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, ano de 2010 – também disponível para *download* em <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=cG1IMERa3LI%3D&tabid=331>, e SOLIMENE, Fabio, “The Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, in “The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management”, The Chartered Institute of Arbitrators e Sweet and Maxwell, volume 80, n.º 3, Agosto de 2014, pps. 249-255, e CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.3.2011, Proc. 5691/09”, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 36, ano de 2011, pps. 36-49, e MAYER, Pierre, “Note - Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 28 novembre 1989; Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 8 mars 1990” in “Revue de l’arbitrage”, volume 3, Kluwer Law International, ano de 1990, pps. 674-675, e LEITE, António Pinto, “Jura Novit Curia e a Arbitragem Internacional”, in “VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções”, Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa, Almedina, ano de 2013, pps. 151-168, e MCNAIR, Lord, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, in “British Yearbook of International Law”, volume 33, ano de 1957, pps. 1-19, e UNIDROIT, “Resolutions on Arbitration in Private International Law”, in “Annuaire De L’ Institut De Droit International”, volume II, A. Pedone – Paris, ano de 1957, pp. 479, e COLLINS, Lawrence, “The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England”, in “Contemporary Problems in International Arbitration”, edição de Julian DM Lew, Martinus Nijhoff Publishers, ano de 1987, pps. 126-138, e GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, in “Collected Courses of the Hague Academy of International Law”, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo n.º 289, ano de 2001, e MIMOSO, Maria João, “Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas Provisórias e Cautelares”, Quid Juris, ano de 2009, pp. 118, e KESSEDJIAN, Catherine, “Société Bomar Oil N.V v. E.T.A.P, Cour d’appel de Paris (1Ch. suppl.), 20 January 1987” in “Revue de l’Arbitrage”, Kluwer Law International, volume 4, ano de 1987, pps. 482-497, e “Société Clark International Finance v. société Sud

dos argumentos *supra* expostos, tratada. Será antes direcionado o presente estudo para decifrar até que ponto a escolha do direito aplicável ao mérito da causa cabe às partes, ou caso tal não suceda, a quem caberá a seleção desse direito, ou em que termos é feita tal designação. Curiosidade suscita ainda perceber em que termos é que determinada decisão arbitral se poderá ou não basear na equidade, ao invés de recorrer, por decisão das partes ou dos árbitros, ao direito constituído. Propomo-nos então a descortinar tais problemas decorrentes da escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. Refira-se que o título da dissertação espelha tudo aquilo que referimos: trataremos de analisar o processo de escolha, já que este se assume enquanto problemático tanto para as partes, como para os árbitros. Versar-nos-emos na escolha do direito, porquanto veremos *infra* que existe a possibilidade de as partes escolherem não apenas legislações nacionais, como também normas internacionais que as fontes da arbitragem têm vindo a entender enquanto aptas para, com maior ou menor grau de certeza para as partes, regularem a arbitragem comercial internacional. Finalmente, centrar-nos-emos apenas na arbitragem que envolve interesses do comércio internacional, pois é em sede desta que se afigura pertinente a discussão e investigação do processo de escolha do direito aplicável àquela.

O estudo acerca da escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional não ficaria completo sem referência às

Matériel Service et autre, Paris (1Ch. urg.), 20 April 1988”, in “*Revue de l’ Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 3, ano de 1988, pps. 557-571, e SYNDET, Hervé, “Note - Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 17 décembre 1991 - société Gatoil v. National Iranian oil company”, in “*Revue de l’ Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 2, ano de 1993, pps. 288-299, e “Municipalité de Khoms El Mergheb v. société Dalico, Cour de Cassation (1Ch. clv.), 20 December 1993”, in “*Revue de l’ Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 1, ano de 1994, pps. 116-117, e DERAIS, Yves, e JARVIN, Sigvard, “Chronique des sentences arbitrales”, *Clunet*, ano de 1986, e DERAIS, Yves, in “*Journal du Droit International*”, Lexis Nexis, volume n.º 119, ano de 1992, e CAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in “*ROA*”, ano 66, Volume III, Dezembro de 2006, e MAYER, Pierre, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, in “*Collected Courses Of The Hague Academy Of International Law*”, The Hague Academy Of International Law The Netherlands Staff, volume 217, parte V, ano de 1989, e GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Note - Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 26 mars 1991 - Comité populaire de la Municipalité d’El Mergheb v. société Dalico contractors” in “*Revue de l’ Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 3, ano de 1991, pps. 456-469, e GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Suisse”, in “*Journal du Droit International*”, volume 116, n.º 4, ano de 1989, pps. 905-963, e PARK, William W., “The Predictability Paradox – Arbitrators and Applicable Law”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 60-79, e BOND, Stephen, “How to draft an Arbitration Clause” in “*Toward a Science of International Arbitration*”, Drahozal & Naimark, ano de 2005, e HASCHER, Dominique T., “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary”, in “*Yearbook of Commercial Arbitration*”, Kluwer Law International, Volume XXXVI, ano de 2011, e CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.3.2011, Proc. 5691/09”, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 36, ano de 2011, pps. 36-49.

especificidades decorrentes do comércio internacional. Deste modo, propomo-nos igualmente a atentar em tais características únicas do comércio internacional, como o são a existência de Leis-Modelo, compostas por recomendações a título de *soft-law*, ou ainda de usos próprios do comércio internacional, a previamente referida *lex mercatoria*, codificados ou não, como o são os princípios da UNIDROIT.

Finalmente, caberá atentar, no âmbito do direito aplicável à arbitragem internacional, nos limites que são impostos pela ordem pública internacional, na medida em que a aplicação de determinadas disposições não a pode violar.

Do *supra* exposto, e no respeitante ao direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, tendo em conta que tal temática tem gerado relevante controvérsia não só a nível doutrinal, mas também jurisprudencial, consideramos que esta reúne as condições necessárias para ser objeto de estudo no âmbito da presente dissertação, não obstante tal poder vir a ser um fator de acréscimo de dificuldade. Contudo, tal dificuldade enquadra-se na razão de ser de uma dissertação de mestrado, na medida em que se afirma paralelamente como um desafio, isto é, numa tentativa de contribuição para a investigação de uma área que carece, em especial no nosso país, nos dias que correm, de tal merecida indagação.

3. – Fontes da arbitragem comercial internacional

Iremos seguir no presente subcapítulo a sistematização, quanto às fontes da arbitragem comercial internacional, adotada por vários autores renomados na área da arbitragem, como o são MANUEL BARROCAS³², ou ainda FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN³³. Os autores dividem as fontes da arbitragem comercial internacional em três diferentes tipos: entre as fontes públicas, há que analisar as fontes públicas nacionais e internacionais; por outro lado, carecem de atenção as denominadas fontes privadas da arbitragem internacional. É o que de seguida iremos desenvolver.

³² Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pps. 576-584.

³³ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 63-188.

3.1 – Fontes públicas nacionais

Relativamente às fontes públicas nacionais³⁴ cumpre desde logo referir que o estudo acerca destas resultará de uma análise aos regimes legais de diversos países no que respeita à arbitragem. Tal estudo justifica-se na medida em que, com o crescimento das economias além-fronteiras, assim como com a internacionalização dos negócios de inúmeras sociedades, coube aos Estados assumir uma posição que fosse de encontro à adaptação dos seus regimes legais a tais movimentações do comércio internacional. Ora, é sabido que as transações comerciais internacionais geram conflitos e litígios entre as partes envolvidas, pelo que vários Estados decidiram que o meio mais adequado para que tais controvérsias fossem resolvidas fosse a arbitragem comercial, tendo adaptado os seus sistemas internos às exigências decorrentes de tal instituto.

Procederemos, na presente secção, a uma breve e sumária análise de alguns dos mais importantes e diversificados regimes legais, e respetivas especificidades em matéria de arbitragem comercial internacional, tais como o são os regimes legais francês, inglês, italiano, norte-americano e português³⁵, propondo-nos a entender em que medida podem tais sistemas legais influenciar as arbitragens comerciais internacionais.

3.1.1 – França

O Estado francês desde sempre se apresentou, para a doutrina³⁶, como um Estado detentor de um sistema legal de referência em matéria de arbitragem, ficando tal a dever-se a fatores diversos, como o é, a título exemplificativo, a jurisprudência nacional francesa que se assume claramente como pró-arbitragem, na medida em que não restringe a atuação de tribunais arbitrais no seu âmbito de atividade a nível do comércio internacional. Para que tal jurisprudência exista, crê MANUEL BARROCAS³⁷, assume vital importância o facto de o Tribunal Internacional de Arbitragem da ICC, um dos mais importantes e pioneiros centros de arbitragem

³⁴ Ou fontes estaduais nacionais, segundo a terminologia utilizada por MANUEL BARROCAS – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 577.

³⁵ Justifica-se o estudo do sistema legal português por razões de nacionalidade do Autor da presente dissertação.

³⁶ Entre outros, cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 63.

³⁷ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 577.

institucionalizada mundiais, se localizar em Paris, França. O CPC francês, com a reforma operada em 1981, passou a consagrar normas relativas à arbitragem internacional. O sistema legal francês foi pioneiro em matéria de caracterização da arbitragem como sendo internacional, ou não³⁸, assumindo que uma arbitragem localizada em França, entre duas entidades francesas, pode ser caracterizada enquanto internacional, caso o litígio reporte a interesses do comércio internacional. Tal situação comporta especificidades no que respeita à revisão da sentença arbitral, já que caso seja considerada a sentença enquanto proveniente de uma arbitragem internacional³⁹, apenas será possível o recurso de anulação dessa mesma sentença⁴⁰, e nunca a revisão do mérito da decisão proferida⁴¹. Também com a reforma de 1981 o CPC francês passou a consagrar uma solução inovadora relativa à autonomia da convenção de arbitragem, o que conferiu ao árbitro internacional uma maior flexibilidade na escolha do direito aplicável ao mérito da causa na falta de tal escolha pelas partes, já que deixou de estar adstrito ao cumprimento de normas de conflitos imperativas características dos próprios Estados⁴².

3.1.2 – Inglaterra

Assumindo-se como um Estado onde desde há muito litígios são resolvidos com recurso à arbitragem⁴³, com o *Arbitration Act* de 1996⁴⁴, atualmente em vigor, o sistema legal inglês aplicável à arbitragem apresenta-se como menos liberal que o sistema francês. De facto, por se tratar aquela de uma lei mais detalhada e longa que a francesa, tal justifica-se. De uma análise de tal sistema legal é possível referir que não existe, na teoria, qualquer diferenciação de regime entre arbitragens domésticas e internacionais, conferindo-se amplos poderes de intervenção no processo arbitral aos tribunais estaduais que podem, no entanto, ser restringidos em determinadas situações⁴⁵. Refira-

³⁸ Conferir, *supra*, o subcapítulo 1 do presente capítulo introdutório.

³⁹ E é a sentença arbitral internacional que interessa para efeitos de objeto de estudo da dissertação.

⁴⁰ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 578.

⁴¹ Vide os arts. 1518.º a 1520.º do CPC francês.

⁴² Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 577.

⁴³ Pense-se nas arbitragens relacionadas com litígios decorrentes do comércio marítimo, que datam de há muito para cá, e hoje administradas quase na sua totalidade pelo LMAA.

⁴⁴ Em pouco influenciado pela Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁴⁵ Veja-se tais situações em RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “International Arbitration Law and Practice”, 2.ª edição, Kluwer Law International, ano de 2001, pp. 69.

se, a título exemplificativo, que pode ser requerida aos tribunais estaduais uma revisão do mérito da sentença arbitral. Como expoente máximo, o *Arbitration Act* confere enorme importância aos princípios da imparcialidade, da celeridade e da justiça material⁴⁶.

3.1.3 – Itália

Com a reforma de 1994⁴⁷, o CPC italiano conferiu um importante estatuto à arbitragem, o que até então não sucedia⁴⁸. Como principais características de tal sistema legal, é possível salientar que a convenção de arbitragem é considerada uma cláusula autónoma, independente, em relação a todo o contrato em que se insere. Refira-se ainda que é dado poder a terceiros que se considerem afetados pela decisão arbitral de se oporem à mesma perante um tribunal estadual. Saliente-se que após a reforma de 1994, passou a ser possível ao árbitro continuar com jurisdição sob o processo arbitral, mesmo quando uma qualquer situação relativa à arbitragem em causa estivesse a ser julgada por um tribunal estadual, o que até então não sucedia. Por fim, cumpre referir que o sistema legal italiano permite às partes livremente escolherem o direito aplicável ao mérito da causa ou, quando tal não aconteça, permite aos árbitros escolher o direito aplicável ao mérito do litígio, tendo em consideração o critério da conexão mais próxima em relação à causa discutida na arbitragem, ou ainda os usos do comércio internacional e o próprio contrato em que se insere a cláusula de arbitragem, sem no entanto se encontrarem vinculados a uma específica escolha⁴⁹.

⁴⁶ Assegurando situações em que os árbitros internacionais possam decidir segundo a equidade, ou mesmo segundo o seu próprio sentido de justiça relativamente ao litígio com que se deparam.

⁴⁷ A que alguns autores se referem como “*Arbitration Reform Act*”, tal como RUBINO-SAMMARTANO – cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 61.

⁴⁸ Autores, como MANUEL BARROCAS – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 579 - referem mesmo que a arbitragem internacional, em Itália, que assumia o termo de “*arbitrato irrituale*”, era quase na íntegra regulada por via de convenção de arbitragem, o que não é próprio de países com leis de arbitragem desenvolvidas, em que a arbitragem é entendida como tendo carácter contratual-jurisdicional, e não apenas contratual.

⁴⁹ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 64.

3.1.4 – Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América têm sido pioneiros em matéria de arbitrabilidade de áreas do Direito que até então não se consideravam “arbitráveis”. Tal fica a dever-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que litígios que envolvam matérias na área da concorrência⁵⁰ e do mercado de capitais⁵¹ podem ser sujeitos à arbitragem. Devido às peculiaridades do sistema legal norte-americano, há que referir que embora date de 1925 a lei federal que trata da matéria da arbitragem, denominada *Federal Arbitration Act*⁵², o que denota um já longo enraizamento de tal sistema legal com o instituto da arbitragem, recentemente têm vindo a ser adotadas pelos vários Estados Federados americanos⁵³ leis próprias relativas à arbitragem, sendo que na sua maioria têm forte influência da Lei-Modelo da UNCITRAL⁵⁴, existindo situações em que por vezes aquela é reproduzida na íntegra⁵⁵.

3.1.5 – Portugal

Com a NLAV, em 2011, que veio revogar a LAV⁵⁶, Portugal procedeu a uma profunda alteração ao regime legal aplicável à arbitragem voluntária. Um dos principais esteios de tal reforma foi o facto de a nova lei conferir uma maior importância, assim como uma maior abertura, em relação à arbitragem internacional. Os arts. 49.º a 58.º da NLAV dedicam-se em exclusivo a regular a matéria da arbitragem internacional⁵⁷. A NLAV foi fortemente influenciada pela lei francesa aplicável à arbitragem, como é possível atestar relativamente à caracterização da arbitragem enquanto internacional⁵⁸,

⁵⁰ Vide o Ac. do Supremo Tribunal Federal acerca do litígio que opôs a *Mitsubishi Motors Corp.* e a *Soler Chrysler – Plymouth, Inc.* 105 S. Ct. 3346 (1985), datado de 1985 – Ac. consultado e estudado através de SOPATA, Lisa, “Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims”, in “*Northwestern Journal of international Law & Business*”, volume 7, n.º 3 Spring, ano de 1986, pps. 595-617.

⁵¹ Vide o Ac. do Supremo Tribunal Federal acerca do litígio que opôs a *Scherk* e a *Alberto Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), datado de 17 de Junho de 1974 – consultado através do endereço: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/case.html>, em 20/09/2014.

⁵² Também conhecida por “*United States Arbitration Act*”.

⁵³ Com vigência no território do próprio Estado Federal.

⁵⁴ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 85.

⁵⁵ A lei de arbitragem do Estado do Connecticut reproduz na íntegra a Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁵⁶ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

⁵⁷ Enquanto na LAV de 1986 apenas os arts. 32.º a 35.º se dedicavam a tal temática.

⁵⁸ Também em Portugal se adotou o critério *supra* referido quanto aos interesses do comércio internacional, para que se considere uma arbitragem internacional – vide o art. 49.º, n.º 1 da NLAV.

assim como pela Lei-Modelo da UNCITRAL. Entre as características assinaláveis e aplicáveis à arbitragem internacional, refiram-se que o art. 51.º da NLAV estabelece uma regra de conflitos baseada no princípio *favor negotii*, que visa proteger na maior amplitude possível a confiança das partes acerca da convenção elaborada, nomeadamente no respeitante à sua validade e eficácia⁵⁹, à semelhança do que sucede na Suíça⁶⁰ e em Espanha⁶¹. Refira-se finalmente que o art. 53.º da NLAV estabelece que em princípio é irrecorrível a sentença arbitral internacional, consagrando no entanto uma exceção que confere tal possibilidade, caso as partes acordem nesse sentido, e regulem os termos desse mesmo recurso⁶².

3.2 – Fontes públicas internacionais

São variadas, e complexas, as fontes públicas de origem internacional aplicáveis à arbitragem, de tal modo que aquilo a que nos propomos no presente subcapítulo é realizar uma sumária referência e uma brevíssima análise a tais instrumentos que servem de fonte à arbitragem internacional.

Podemos dizer, tendo por base o estatuto do Tribunal Internacional de Justiça⁶³, que as principais fontes públicas internacionais em matéria de arbitragem são: as convenções internacionais, os princípios gerais de Direito, os usos e costumes comerciais internacionais e a jurisprudência arbitral internacional⁶⁴. De entre as referidas fontes desde já nos reservamos a no presente subcapítulo não desenvolver a temática relativa aos usos e costumes do comércio internacional, assim como a relativa à denominada *soft law*⁶⁵, já que a tais matérias irá ser dispensada a merecida indagação em local posterior da presente dissertação⁶⁶. Também a temática relativa aos Tratados

⁵⁹ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 100.

⁶⁰ Vide o art. 178.º, n.º 2 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado.

⁶¹ Vide o art. 9.º, n.º 6 da Lei de Arbitragem de 2003, com as respetivas alterações.

⁶² No entanto, como DÁRIO MOURA VICENTE explica em anotação ao art. 53.º da NLAV - Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 102 -, tal recurso acordado e regulado pelas partes apenas poderá ser interposto para um tribunal arbitral de segunda instância.

⁶³ Vide, a este título, o art. 38.º do estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

⁶⁴ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 103.

⁶⁵ Que em matéria de arbitragem assume especial relevo – veja-se a Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁶⁶ Veja-se o Capítulo I da presente dissertação.

bilaterais de investimento (*BIT*) não será desenvolvida na presente dissertação, pois que tal fonte da arbitragem internacional se afasta do escopo de tal estudo, por dizer respeito principalmente a arbitragens públicas – ou de proteção de investimento – que não iremos aqui analisar, respeitando o previsto no subcapítulo que antecede.

No que respeita a convenções internacionais, cumpre desde já referir que estas podem assumir âmbito bilateral ou multilateral. No que concerne às convenções bilaterais, geralmente estas abordam a questão da arbitragem de forma incidental, já que o seu principal propósito é regular certas questões que não tal instituto de resolução de litígios⁶⁷, perdendo portanto relevância, em sede da análise das fontes da arbitragem internacional, relativamente às convenções internacionais multilaterais. E tal sucede já que as convenções de âmbito multilateral são, em regra, exclusivas no que respeita à arbitragem. Entre as principais convenções multilaterais consideradas fontes de arbitragem comercial refiram-se o Protocolo de Genebra de 24 de Setembro de 1923, que se dedicou a regular a questão relativa às convenções de arbitragem comercial, assim como a Convenção de Genebra de 26 de Setembro de 1927, relativa à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, ambas redigidas no pós I Guerra Mundial.

Contudo, desde 10 de Junho de 1958, a Convenção de Nova Iorque, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, à qual se encontram vinculados mais de 145 Estados, sendo Portugal um deles, e tendo resultado a sua elaboração de um esforço encetado pela Nações Unidas, a recomendação do ICC⁶⁸, como resposta ao acelerado crescimento económico internacional e às insuficiências da Convenção de Genebra de 1927⁶⁹, tem assumido especial relevância enquanto fonte da arbitragem internacional. Como principais características da Convenção de Nova Iorque podemos em primeiro lugar referir que o seu art. II, incluído na fase final da redação da Convenção⁷⁰, estabelece, entre outros, as condições de forma e os efeitos aplicáveis às convenções de arbitragem. Refira-se ainda que a Convenção estabelece um importante mecanismo, no seu art. IV, na medida em que o ónus da prova de que determinada sentença arbitral não deva ser reconhecida, ou considerada exequível, para efeitos da

⁶⁷ A título exemplificativo, vejam-se os Tratados bilaterais que estabelecem a assistência judicial entre Estados.

⁶⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 122.

⁶⁹ Tais insuficiências ficavam a dever-se, entre outras razões, ao facto de nem os Estados Unidos da América nem a antiga União Soviética terem ratificado tal convenção.

⁷⁰ Cfr. ICCA, “Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um texto de referência para juizes”, International Council for Commercial Arbitration, ano de 2012, pp. viii.

Convenção, cabe à parte na arbitragem que se oponha a tal reconhecimento ou atribuição do caráter executável. Existem dois principais objetivos subjacentes ao texto da Convenção de Nova Iorque de 1958. O primeiro prende-se com o facto de que para que a arbitragem assuma um papel legítimo enquanto meio de resolução de litígios, as sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais devem equivaler às sentenças nacionais de cada Estado. Ou seja, devem ser consideradas vinculativas, devem ser reconhecidas⁷¹ de modo a que seja conferido à arbitragem um estatuto digno da sua importância. O segundo grande objetivo, relativo à execução das sentenças arbitrais internacionais, justifica-se na medida em que proferida uma sentença arbitral, a parte vencedora quererá ver cumprido o estabelecido na sentença emanada pelos árbitros. A grande inovação da Convenção de Nova Iorque é que confere às partes numa arbitragem a possibilidade de verem as sentenças arbitrais referentes aos seus litígios reconhecidas e com caráter executável em qualquer país que se encontre vinculado à própria Convenção. Em jeito de conclusão referente à análise da Convenção de Nova Iorque, cumpre referir que para a maioria da doutrina aquela se assume como uma das mais importantes fontes da arbitragem internacional.

Existem ainda outras Convenções multilaterais aplicáveis à arbitragem internacional, como o são a Convenção de Washington sobre a resolução de litígios de investimento entre Estados e nacionais de outros Estados, que data de 18 de Março de 1965, ou ainda a Convenção de Moscovo de 26 de Maio de 1972⁷² e a Convenção de Genebra de 21 de Abril de 1961, ambas de caráter regional, e sendo esta última mais conhecida como “[the] *European Convention on International Arbitration*”, como escreve RUBINO-SAMMARTANO⁷³.

A jurisprudência arbitral assume-se também como importante fonte pública internacional da arbitragem, sendo que não cumprirá no presente subcapítulo realizar uma análise de jurisprudência arbitral internacional. Tal seria desprovido de qualquer interesse, pois será de muito maior relevo a referência a jurisprudência arbitral no

⁷¹ *Ibidem*, pp. 9 - o reconhecimento de sentenças arbitrais afigura-se como essencial, entre outras razões, na medida em que é um mecanismo legítimo de obstar a que uma questão já decidida em sede de arbitragem seja novamente submetida à apreciação de um tribunal estadual.

⁷² Que regula a arbitragem e os procedimentos arbitrais que resultem de causas entre os países que pertenciam à “*commercial area of gravity*” – expressão utilizada por RUBINO-SAMMARTANO – RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 136 – da antiga União Soviética.

⁷³ *Idem*.

decorrer da análise das demais matérias que compõem a presente dissertação. Assim, apenas esta referência será feita, na medida em que nos propomos a ter em consideração as decisões arbitrais na elaboração do estudo que se segue.

No que respeita aos princípios gerais de direito aplicáveis à arbitragem internacional, sigamos apenas a título de referência a sistematização utilizada por RUBINO-SAMMARTANO⁷⁴. Este autor refere que, entre outros, os seguintes princípios ganharam forma e relevo na área da arbitragem internacional: o princípio da validade da convenção de arbitragem, independentemente da lei nacional aplicável ao contrato em que se insira a convenção, ou ainda independentemente de restrições nacionais que impeçam entidades públicas de se vincularem à convenção de arbitragem⁷⁵; o princípio da autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato em que se insira a convenção, protegendo assim a vontade das partes em submeter litígios à arbitragem independentemente de o contrato em que aquela se encontra inserida poder ser, ou não, considerado nulo. É possível então concluir-se que determinados princípios gerais de Direito, desenvolvidos em sede de arbitragem internacional, passaram a constituir fonte dessa mesma área.

Finalmente, no que respeita às fontes públicas internacionais da arbitragem internacional, importa referir que apesar de não previstos no art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, em sede de fontes de arbitragem internacional, assumem especial relevo alguns instrumentos desenvolvidos por comissões especializadas das Nações Unidas e por outros organismos públicos internacionais, não assumindo a forma de convenções internacionais, não possuindo portanto força imperativa. Refira-se a elaboração, por parte de uma comissão especializada das Nações Unidas, a UNCITRAL, das Regras da UNCITRAL, de 28 de Abril de 1976, aplicáveis aos processos de arbitragem internacional *ad-hoc*. Não se confundam estas, no entanto, com a Lei-Modelo, consistindo esta última num conjunto de recomendações legislativas direcionadas aos legisladores estaduais no sentido de (re)formularem as suas leis de arbitragem nacionais, com o objetivo de alcance de uma possível e desejada uniformização relativa à matéria da arbitragem. As Regras da UNCITRAL não assumem portanto carácter vinculativo, mas antes opcional, a não ser que as partes numa arbitragem afirmem o contrário na própria convenção, tal como se encontra previsto no

⁷⁴ *Ibidem*, pps. 140-142.

⁷⁵ *Vide*, a título de curiosidade, a sentença arbitral n.º 4381/1986 do Tribunal de Arbitragem Internacional do ICC.

art. 1.º das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, com a exceção prevista no parágrafo n.º 3 desse mesmo art. 1.º⁷⁶. Para que melhor se perceba a importância destas Regras da UNCITRAL, pense-se que ainda recentemente o Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia, que existe junto do Tribunal Internacional de Justiça, decidiu aplicar tais regras às arbitragens *ad-hoc* por ele administradas.

3.3 – Fontes privadas

Independentemente da abundância de fontes públicas, nacionais ou internacionais, com que se deparam os teóricos e os práticos da arbitragem comercial internacional, existem sempre certos pontos por completar, e determinadas arestas por limar. E é precisamente por força de tais lacunas legislativas que o estudo das fontes privadas da arbitragem internacional se assume como imprescindível para a compreensão de tal temática.

As fontes privadas de arbitragem resultam, de um modo geral, dos trabalhos desenvolvidos por instituições de arbitragem com carácter internacional⁷⁷. De facto, por força de tais instituições se tratarem de centros de arbitragem que se dedicam exclusivamente à administração de arbitragens internacionais institucionalizadas⁷⁸, existem já um conhecimento e uma experiência consolidados e verificados relativamente aos processos de arbitragem, e às especificidades que tal meio de resolução de litígios acarreta⁷⁹. De tal modo, apresentam-se os centros de arbitragem como importante ferramenta de estudo no que respeita à arbitragem internacional.

Existem várias formas de se considerar que os centros de arbitragem institucionalizada são elaboradores de fontes da arbitragem internacional. Desde a redação e publicação de convenções de arbitragem-tipo, para que as partes em determinado litígio submetam a apreciação da causa a essa mesma instituição, tendo em conta as regras e estatutos internos que regem as arbitragens nos próprios centros de arbitragem, ou ainda a jurisprudência resultante das arbitragens administradas sob a

⁷⁶ Cfr, a este título, UNCITRAL, “UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)”, United Nations Commission on International Trade Law, Abril do ano de 2011, pp. 3.

⁷⁷ Tal como afirma MANUEL BARROCAS – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 584.

⁷⁸ Cfr, *supra*, no subcapítulo 1 da Introdução à dissertação, a distinção entre arbitragens institucionais e arbitragens *ad-hoc*.

⁷⁹ Tais razões são consideradas, como vimos *supra*, uma das grandes vantagens da arbitragem institucionalizada em relação às arbitragens *ad-hoc*.

égide dos mais variados centros de arbitragem institucionalizada, são várias as razões pelos quais se entende que existem fontes privadas da arbitragem comercial internacional. De facto, contrariamente aos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais não se encontram de qualquer modo vinculados a uma jurisdição hierarquicamente mais elevada, que conforma através de jurisprudência a sua posição, não devendo portanto obediência os tribunais arbitrais aos precedentes jurisprudenciais – estes deverão, isso sim, guiar e ajudar os primeiros na resolução dos litígios que estejam na sua disposição⁸⁰.

Ao longo da dissertação iremos fazer referência a vários centros de arbitragem internacional institucionalizada, assim como aos respetivos estatutos e regulamentos aplicáveis à arbitragem, como forma de apoio em relação às matérias a tratar. Iremos recorrer essencialmente às regras provenientes do ICC, do LCIA, do CAM-CCBC, do Corte de Arbitraje de Madrid e do CAC-CCIP, por se afigurarem como alguns dos mais importantes centros de arbitragem, e por serem considerados exemplos a seguir por grande parte da doutrina que seguimos.

⁸⁰ Cfr. BOISSÉSON, Matthieu de, “Substantive Applicable Law in International Arbitration: na Arbitrator’s Perspective”, in *“The Application of Substantive Law by International Arbitrators”*, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 116-127, mais precisamente nas pps. 124-125.

Capítulo I – Algumas especificidades do comércio internacional

Iremos neste primeiro capítulo abordar algumas especificidades decorrentes das práticas do comércio internacional. De modo a realizar uma exposição coerente, iremos dividi-lo em duas partes principais: a primeira direcionada para o estudo dos usos do comércio internacional, e a segunda para o estudo acerca da importância da *soft law* em matéria de arbitragem comercial internacional.

1. – Os usos do comércio internacional

1.1 – A *lex mercatoria*

Cumpra inicialmente referir, na presente subsecção deste subcapítulo, que a *lex mercatoria* que iremos aqui analisar deve ser vista sob o ponto de vista amplo, geral. De facto, analisaremos aqui as características e peculiaridades da *lex mercatoria* não codificada, porquanto nos reservamos a no subcapítulo direcionado ao estudo dos princípios UNIDROIT a tratar tal temática, diga-se, de *lex mercatoria* codificada.

A *lex mercatoria*, que tem o seu antecessor no *jus gentium* romano⁸¹, é considerada nos nossos dias como a principal fonte costumeira no âmbito do comércio internacional, e assume grande relevância em matéria de arbitragem comercial internacional. Tem sido um fator de enorme importância no que respeita à globalização das relações comerciais, e que serve de apoio e complemento aos sistemas jurídicos nacionais e respetivas matérias atinentes ao comércio⁸². Assumem, os seus princípios e as suas normas, um conteúdo universal⁸³ e que visa a uniformização de tratamento das situações que possam decorrer do comércio internacional. Considera-se portanto a *lex mercatoria* como uma “*stateless source of law*”⁸⁴, o que tem levado parte da doutrina a não a entender enquanto sistema legal autónomo em relação aos nacionais. De facto, não pode ser enquadrada a *lex mercatoria* no método conflitual do DIP, na medida em

⁸¹ Na opinião de BERTHOLD GOLDMAN - cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 217.

⁸² Cfr. RAPOSO, Mário, “Temas de Arbitragem Comercial”, in “*R.O.A.*”, ano 66.º, n.º 1, Lisboa, ano de 2006, pps. 5-21.

⁸³ Cfr. GALGANO, Francesco, “The New Lex Mercatoria”, in “*Annual Survey of International & Comparative Law*”, volume 2, n.º 1, artigo 7, ano de 1995, pps. 99-110, mais precisamente na pp. 107.

⁸⁴ Nas palavras de JOANNA JEMIELNIAK – cfr. JEMIELNIAK, Joanna, “Legitimization Arguments in the *Lex Mercatoria* Cases”, in “*International Journal for the Semiotics of Law*”, volume 18, n.º 2, Junho do ano de 2005, pps. 175-205, mais precisamente na pp. 176.

que este em regra existe para resolver questões jurídicas plurilocalizadas, e na medida em que aquela é composta não apenas por normas de conflitos, mas também por normas substantivas que reclamam uma aplicação direta a determinada matéria⁸⁵. LIMA PINHEIRO define a *lex mercatoria* atual como o conjunto de regras e princípios que constituem o direito autónomo do comércio internacional, “(...) que se considerem aplicáveis às relações do comércio internacional que se formam independentemente da acção dos órgãos estaduais”⁸⁶. Já MANUEL BARROCAS, suportado no entendimento de BERTHOLD GOLDMAN, entende que “(...) a *lex mercatoria* é constituída por usos e princípios que constituem o modo como se encontram estruturados e funcionam juridicamente algumas comunidades de operadores do comércio internacional”⁸⁷, portanto resultantes de uma experiência decorrente de práticas internacionais por parte desses mesmos operadores. O Autor português entende que embora não se assuma, a *lex mercatoria*, como suficientemente autónoma, clarificada e independente para ser considerada, sem mais, um sistema legal aplicável à arbitragem comercial internacional, pode no entanto assumir especial importância em determinadas arbitragens de carácter institucionalizado direcionadas à resolução de litígios específicos numa determinada matéria.^{88 89} O facto de resultar de práticas comerciais internacionais estáveis e recorrentes faz com que a *lex mercatoria* seja, na opinião dos defensores da sua aplicação, dotada de uma estabilidade e previsibilidade acrescidas e independentes de alterações circunstanciais que se poderiam considerar relevantes, gozando portanto de uma “*force majeure*”⁹⁰ - tal opinião é alvo de críticas, como *infra* analisaremos.

Apresenta-se deste modo a *lex mercatoria* enquanto um conjunto de princípios e normas que derivam de múltiplas fontes de acrescida importância no âmbito do comércio internacional. RUBINO-SAMMARTANO explica, com base nas ideias doutrinárias de BERTHOLD GOLDMAN, o que pode ser considerado fonte da *lex mercatoria*: “(...) *pluri-national systems, national legal systems and spontaneous sources, including the fundamental principles of international law and principles which*

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 177. Pense-se que será impossível uma norma de conflitos estadual remeter para a *lex mercatoria*.

⁸⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional – A determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, Abril do ano de 2005, pp. 378.

⁸⁷ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 612.

⁸⁸ Entre outros, refiram-se as arbitragens da FOSFA – *Federation of Oils, Seeds and Fats* – e da GAFTA – *Grain and Feed Trade Association*.

⁸⁹ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 612.

⁹⁰ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, “Law applicable to the merits of the arbitration dispute (an overview of the English, Swiss and French arbitration laws”, in “*Munich Personal RePEc Archive*”, Setembro do ano de 2008, pp. 29.

derive their binding nature from the knowledge the international community has acquired of them and not from a given legal system”⁹¹, entre outros que aqui referimos, tal como o são a jurisprudência de cariz internacional e arbitral. O segundo afirma ainda que a *lex mercatoria* pode ser entendida enquanto um dos princípios gerais da justiça, que entre outros se encontram elencados no art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, na medida em que àquele artigo: “(...) *there may be added to it principles progressively established by the general and constant usage of international trade*”⁹². Existem outros autores que vão ainda mais longe, afirmando no que respeita à relação entre arbitragem comercial internacional e a *lex mercatoria*, que caso um contrato internacional contenha na sua redação uma convenção de arbitragem, quer vise esta a constituição de um tribunal arbitral *ad-hoc*, ou um que funcione sob a égide de um centro de arbitragem institucionalizada, tal implicará a aplicação da *lex mercatoria* como modo de regulação da situação contratual das partes⁹³ - posição que nos coloca imensas reservas.

Alguns defensores desta fonte pública internacional da arbitragem, no presente subcapítulo em análise, defendem mesmo a sua aplicação como modo de substituir o método conflitual⁹⁴. EMMANUEL GAILLARD chega inclusivamente a afirmar que quando exista a escolha da *lex mercatoria*, à qual por vezes se refere enquanto “*general principles of international law*”, para regular um contrato internacional, e quando essa escolha ocorra em simultâneo ao estabelecimento, nesse mesmo contrato, de uma convenção de arbitragem internacional, tal irá resultar numa forma de “(...) *ensuring that truly international solutions will be found for the resolution of any disputes that may arise*”⁹⁵, sendo que tal se afigura como mais suscetível de dar uma resposta às partes que melhor se adapte à sua situação. Esta doutrina defende que a *lex mercatoria* será mais adequada que as respostas dadas pelo sistema conflitual na resposta às necessidades inerentes ao exercício de atividades no comércio internacional. Na nossa

⁹¹ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 439.

⁹² Neste sentido, cfr. GOLDMAN, Berthold, “La Lex Mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et Perspectives”, in “*Journal du Droit International*”, Clunet, ano de 1979, pp. 21.

⁹³ Cfr. MANIRUZZAMAN, Abul F.M., “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, in “*American University International Law Review*”, volume 14, n.º 3, artigo 2, ano de 1999, pps. 657-734, mais precisamente na pp. 678.

⁹⁴ Relativamente a este ponto, cfr. MANN, Frederick A., “England Rejects “Delocalized” Contracts and Arbitration”, in “*International and Comparative Law Quarterly*”, volume 33, ano de 1984, pps. 93-198, mais precisamente nas pps. 196-197.

⁹⁵ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts”, in “*International Business Lawyer*”, volume 27, n.º 5, Maio do ano de 1999, pps. 214-224, mais precisamente na pp. 214.

opinião, e em jeito de tomada de posição que iremos, *infra*, desenvolver de modo mais completo, entendemos que a *lex mercatoria*, por respeitar especificamente às necessidades emergentes de litígios decorrentes de transações comerciais internacionais, poderá servir como um complemento de utilidade elevada quando um determinado sistema legal, escolhido pelas partes ou pelos árbitros internacionais, não se apresente como completo na regulação da situação jurídica para a qual foi escolhida⁹⁶. No entanto, reservamo-nos a entender que a sua aplicação autónoma em sede de arbitragem não se afigura enquanto aconselhável, porquanto no nosso entendimento não goza aquela da completude e concretização necessárias que assim o permitam. A posição referida de utilização conjunta da *lex mercatoria* e do método conflitual combinaria as duas posições doutrinárias mais relevantes, e antagónicas, em sede de aplicabilidade daquela: a primeira, que defende que aquela não possui as especificidades, a clareza, a certeza e completude necessárias para que possa ser considerada enquanto sistema legal autónomo⁹⁷; e a segunda, que afirma que a *lex mercatoria* se apresenta como o conjunto de normas mais adequado na regulação de situações decorrentes do comércio internacional. EMMANUEL GAILLARD, um dos grandes defensores da importância dos usos e costumes do comércio internacional, considera que será questionável a utilização da *lex mercatoria* de modo a derogar a escolha expressa das partes de um determinado direito nacional, no sentido de regular determinada situação relacionada com um processo de arbitragem comercial internacional⁹⁸ – neste ponto subscrevemos na íntegra a opinião do autor -, afirmando ainda que “[ce] qu’il importe ici de constater est que ces applications malencontreuses de la méthode des règles transnationales ne devraient pas conduire à une condamnation globale de cette méthode”⁹⁹.

Atentando no art. 28.º da Lei-Modelo da UNCITRAL deparamo-nos com a afirmação de que o tribunal arbitral deve sempre decidir tendo em conta os usos comerciais, o que claramente demonstra que a *lex mercatoria* se apresenta como importante fator a ter em consideração quando o árbitro decida acerca do mérito do litígio na arbitragem. Para além de mais, é a própria ONU a defender que o termo “*rules of law*”, utilizado na redação do n.º 1 do art. 28.º da Lei-Modelo, deve ser utilizado no

⁹⁶ Cfr. MUNIRUZZAMAN, Abul F.M., *ob.cit.*, pp. 684.

⁹⁷ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Trente Ans de Lex Mercatoria: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, in “*Journal du Droit International*”, Editions du Juris-Classeur, volume 122, n.º 1, de Janeiro a Março, ano de 1995, pps. 5-30, mais precisamente na pp.12.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 14.

sentido de se entender enquanto tal não apenas normas de um particular sistema legal nacional, mas também as normas constantes da *lex mercatoria*¹⁰⁰, codificadas ou não. Refira-se ainda que nesse mesmo sentido, de decidir a causa da arbitragem tendo em conta os usos comerciais internacionais, apontam igualmente vários sistemas legais nacionais referentes à arbitragem, como a lei francesa aplicável à arbitragem comercial internacional¹⁰¹, a lei espanhola de arbitragem¹⁰², assim como vários regulamentos de centros institucionalizados de arbitragem, nomeadamente o da ICC¹⁰³, o da *Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid*¹⁰⁴, ou ainda o do CAC-CCIP¹⁰⁵. Nesse mesmo sentido, veja-se a decisão que resultou do Ac. do *Cour d'Appel* de Paris, de 13 de Julho de 1989, relativo ao litígio que opôs *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. vs. Primary Coal Inc.*¹⁰⁶, em que o tribunal defendeu a utilização da *lex mercatoria* pelos árbitros internacionais. Mais, existem inclusivamente opiniões no sentido de se entender que nem o facto de os árbitros internacionais basearem a sua decisão na *lex mercatoria*, ao invés de recorrerem a um sistema legal nacional, caso tal seja a intenção e indicação das partes, deve afetar a validade ou a exequibilidade de uma sentença arbitral¹⁰⁷.

No entanto, a *lex mercatoria* tem sofrido variadas críticas, como referimos *supra*. O facto de ser considerada demasiado vaga e incerta, não garantindo a verificação de imprescindíveis princípios reguladores das relações jurídicas, como o são a segurança e a certeza jurídicas, impede que se reclame a sua aplicação autónoma e independente, sem mais, no âmbito do comércio internacional¹⁰⁸. GARY BORN inclusivamente refere que por força de tal incerteza e insegurança, as partes numa arbitragem comercial internacional estarão cientes de que nem sempre deverão utilizar o recurso à *lex mercatoria* para regular as suas relações contratuais, afirmando ainda que entre a doutrina existem dúvidas quanto à validade de cláusulas de escolha do direito

¹⁰⁰ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement – International Commercial Arbitration - Law Governing The Merits of the Dispute”, in “United Nations Conference on Trade and Development”, Nações Unidas, Nova Iorque e Geneva, ano de 2005, pp. 9.

¹⁰¹ Vide o art. 1511.º do Código de Processo Civil Francês de 2011.

¹⁰² Atente-se no art. 34.º (3) da Lei de Arbitragem de 2003, com as devidas alterações.

¹⁰³ Por força do previsto no art. 21.º (2) do regulamento de arbitragem do ICC.

¹⁰⁴ Vide o art. 21.º (3) do regulamento desse mesmo centro de arbitragem institucionalizada.

¹⁰⁵ Este dedica o seu art. 37.º do regulamento apenas à referência de que o tribunal arbitral “(...) deve ter em conta os usos do comércio que considere relevantes e adequados ao caso concreto”.

¹⁰⁶ Cfr. BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 1991 – Volume XVI”, coleção Yearbook Commercial Arbitration Set, Kluwer Law International, ano de 1991, pp. 142.

¹⁰⁷ Tal temática foi debatida na “International law Association Resolution”, em 1992, no Cairo, Egito.

¹⁰⁸ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 60.

aplicável que selecionem tal conjunto de princípios e normas de modo a regular os contratos nos quais se insiram¹⁰⁹. EMMANUEL GAILLARD expõe inclusivamente que parte das críticas apontadas à *lex mercatoria* passam pelo entendimento de alguma doutrina que verá a sua utilização como forma de permitir a existência da doutrina do “*contrat sans loi*”¹¹⁰, na medida em que um contrato regulado apenas pela *lex mercatoria* fará com que as cláusulas contratuais subsistam sob qualquer direito que se possa considerar aplicável a esse mesmo contrato¹¹¹, o que na opinião de tal doutrina é considerado inviável.

Contudo, nem todo o conteúdo da *lex mercatoria* é abstrato, vago e tem tendência a gerar incerteza e segurança jurídicas. Referimo-nos aqui, pois, aos princípios UNIDROIT, *lex mercatoria* codificada, que merecem um estudo autónomo em sede da presente dissertação de mestrado. Vejamos então.

1.2 – Os Princípios UNIDROIT

O estudo acerca da *lex mercatoria* não ficaria nunca completo sem que fosse realizada uma breve análise acerca da utilidade e especificidades decorrentes dos princípios UNIDROIT¹¹². Esta afigura-se como essencial na medida em que aqueles se assumem como o maior avanço obtido em sede de codificação daquela fonte da arbitragem comercial internacional que nos encontramos, no presente subcapítulo, a estudar. Como refere FABRIZIO MARRELLA, os princípios UNIDROIT que aqui estudaremos são “(...) *the codification of general principles of international commercial contract law under a nonbinding format by an international organization*”¹¹³, pelo que se assumem, indubitavelmente, como uma codificação de *lex mercatoria*, tal como entende MARGARET MOSES¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pps. 254-255.

¹¹⁰ Contrato sem lei que o regule.

¹¹¹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Trente Ans...”, *ob.cit.*, pp. 221.

¹¹² Refira-se, igualmente, a importância subjacente aos princípios de direito europeu dos contratos. Contudo, estes não serão objeto de uma análise individualizada na presente dissertação, na medida em que em sede de arbitragem comercial internacional, assumem-se como maioritariamente utilizados e estudados, em sede de codificação de *lex mercatoria*, os princípios UNIDROIT.

¹¹³ Cfr. MARRELLA, Fabrizio, “Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, in “*Vanderbilt Journal of Transnational Law*”, volume 36, ano de 2003, pps. 1137-1188, mais precisamente na pp. 1141.

¹¹⁴ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 61.

Os princípios UNIDROIT foram criados pelo *International Institute for the Unification of Private Law* em 1994, e atualizados em 2004 e 2010, apresentando-se esta enquanto uma organização independente intergovernamental criada em 1926, que tem como objetivo primordial o estudo, a harmonização e a criação de instrumentos de uniformização de direito privado no âmbito internacional¹¹⁵. Para além de por força do seu trabalho terem sido criados os princípios UNIDROIT, que aqui nos propomos a analisar, vários outros instrumentos internacionais resultaram dos trabalhos levados a cabo por aquela organização¹¹⁶. No entanto, aqueles são o que mais relevarão em sede de arbitragem comercial internacional. EMMANUEL GAILLARD escreve mesmo que tais princípios são “[the] most valuable contribution to the determination of transnational rules”¹¹⁷. Ainda assim, doutrina subsiste no sentido de entender que, pese embora a codificação da *lex mercatoria* através da elaboração dos princípios UNIDROIT apresente as inegáveis vantagens da própria codificação¹¹⁸, tal irá desvirtuar uma das suas características mais marcantes, a de possuir o carácter de direito espontâneo¹¹⁹.

No que concerne aos princípios UNIDROIT aplicáveis aos contratos comerciais internacionais, estes visam estabelecer as regras gerais destinadas a regular esses mesmos contratos, tal como pode ser comprovado através da leitura do preâmbulo daqueles. Mais refere o preâmbulo que os princípios poderão ter utilidade quando: as partes expressamente refiram que deve o contrato ser regulado por aqueles, quando entendam que o contrato deve ser regido pelos usos e princípios internacionais, quando as partes não escolham um qualquer direito que se destine a regular o contrato de cariz internacional, ou como forma de suplemento e complemento a leis nacionais, ou a instrumentos internacionais¹²⁰. De tal utilidade se pode facilmente perceber que, no

¹¹⁵ Para mais informações, consultar o endereço: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, consultado em 24/11/2014.

¹¹⁶ Pense-se, entre outros, em trabalhos dedicados às áreas do contrato de agência, dos mercados de capitais, dos contratos de franquia e de *leasing*, ou até de direito dos transportes – cfr., novamente, o endereço *supra* indicado.

¹¹⁷ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Thirty Years of Lex Mercatoria...”, *ob.cit.*, pp. 228.

¹¹⁸ Entre outras vantagens, refiram-se o aumento do grau de certeza e segurança jurídicas subjacentes às matérias que se encontram codificadas e que antes o não estavam, assim como a maior facilidade de acesso a essas mesmas normas, uma nova dimensão, por se encontrarem previstas e estipuladas em um qualquer instrumento, nacional ou internacional, que lhes confere uma maior visibilidade e um menor carácter abstrato, próprio de normativos dispersos e não codificados, assim como uma maior credibilização e um suporte mais estável e realístico entre os teóricos e práticos que atuam em tal área de atividade.

¹¹⁹ Cfr. RAPOSO, Mário, “Temas...”, *ob.cit.*, pp. 8.

¹²⁰ Cfr. UNIDROIT, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, ano de 2010, pp. 1 – disponível para *download* em <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles>, consultado em 25/11/2014.

âmbito da arbitragem comercial internacional, serão variadas as decisões de tribunais arbitrais que se referem, ou que remetem, para os princípios UNIDROIT.

VAN HOUTE explica que aqueles não foram elaborados para servir interesses específicos de qualquer parte nos contratos internacionais, mas antes para garantir o equilíbrio e a paridade entre as partes nesses mesmos contratos, diga-se, entre os seus direitos e obrigações¹²¹. Visam, de tal modo, estabelecer um conjunto de regras aplicáveis aos contratos internacionais, em várias matérias, como o são as questões relativas à sua interpretação, validade ou inclusivamente à sua negociação¹²², baseando largamente os seus princípios naquele que, sem surpresa, se afigura como de elevada importância no âmbito contratual - o princípio da boa-fé¹²³ -, como se pode comprovar pela análise do art. 1.7 (1) e (2) desses mesmos princípios: “[each] party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade” e “[the] parties may not exclude or limit this duty”. Estabelecem ainda os princípios os padrões de comportamento que possam ser considerados razoáveis no âmbito dos contratos comerciais internacionais¹²⁴. No entanto, quando não estejam em causa comportamentos abusivos, ou até desleais, levados a cabo pelas partes num contrato internacional, como o seriam o desrespeito pelos princípios da boa-fé ou da lealdade contratual, os princípios UNIDROIT assumem-se como tendo um conteúdo que, por convenção das partes¹²⁵, pode ser afastado¹²⁶, sendo esta uma das suas principais características.

Mais se refira que a própria utilização da terminologia “princípios”, ao invés de termos como regras, normas, código, entre outros, releva que a UNIDROIT pretendeu aproveitar-se dessa mesma terminologia de modo a conferir caráter não estadual, mas antes geral, ao conjunto de normas elaboradas de modo a regular os contratos comerciais internacionais¹²⁷. Além do mais, e como se pode conferir novamente através da análise do preâmbulo dos princípios UNIDROIT, o termo “internacional” é tratado da forma mais ampla possível, pretendendo dar resposta ao mais vasto conjunto de

¹²¹ Cfr. VAN HOUTE, Hans, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, in “*Arbitration International*”, Kluwer Law International, volume 11, n.º 4, ano de 1995, pps. 373-390, mais precisamente na pp. 374.

¹²² Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 255.

¹²³ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 222.

¹²⁴ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 35.

¹²⁵ Baseada na sua liberdade contratual, amplamente defendida no seio dos princípios UNIDROIT.

¹²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 258.

¹²⁷ *Ibidem*, pps. 255-256.

situações em que assim se o exija – “(...) *the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation*”¹²⁸.

Por tudo o que foi *supra* exposto, dúvidas não subsistem de que os princípios em análise se assumem hoje como de elevada importância no âmbito da arbitragem comercial internacional¹²⁹, tendo sido considerados inclusivamente, em determinadas decisões arbitrais de cariz internacional, como as normas mais adequadas a resolver certos litígios¹³⁰. Tal como nasceram, os princípios UNIDROIT, de práticas comerciais internacionais, serão essas mesmas práticas, relevando especialmente a atuação dos árbitros internacionais, que permitirão analisar qual o verdadeiro estatuto daqueles¹³¹, no sentido de ser possível suprir as insuficiências que o método das regras substantivas e internacionais acarreta no âmbito da escolha do direito aplicável na arbitragem comercial internacional. Ou seja, o papel dos árbitros internacionais no desenvolvimento da *lex mercatoria*, e nomeadamente no desenvolvimento dos princípios UNIDROIT¹³², será imprescindível¹³³, assumindo-se portanto o instituto da arbitragem comercial internacional como uma das principais formas de obter a aceitação universal daqueles princípios. No entanto, o recurso à aplicação dos princípios UNIDROIT por parte dos árbitros internacionais deve ser devidamente fundamentado, não devendo, sem mais, decidirem-se estes pela aplicação de tal normativo internacional, inclusivamente em situações em que não haja a escolha pelas partes do direito aplicável, já que para dar resposta a isso mesmo, à partida, existem as normas de conflitos¹³⁴. LIMA PINHEIRO defende mesmo a existência de um “(...) princípio geral da não vinculação directa dos árbitros às convenções internacionais de unificação”¹³⁵, pelo que na opinião do Autor se deverá entender que os árbitros não se encontram vinculados à utilização e aplicação dos princípios UNIDROIT como direito aplicável ao

¹²⁸ Cfr. UNIDROIT, “UNIDROIT Principles...”, *ob.cit.*, pp. 2.

¹²⁹ Cfr. KRONKE, H., “The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union”, in “*Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*”, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, ano de 2005, pp. 291.

¹³⁰ *Vide*, entre outras, a Sentença Arbitral n.º 8547/1999 do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC - cfr. BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 2003 – Volume XXVIII”, Kluwer Law International, ano de 2003, pps. 31-32.

¹³¹ Cfr. MANIRUZZAMAN, Abul F. M., *ob.cit.*, pp. 677.

¹³² Enquanto *lex mercatoria* codificada, tal como foi previamente referido.

¹³³ Cfr. JEMIELNIAK, Joanna, *ob.cit.*, pp.183.

¹³⁴ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement ...”, *ob.cit.*, pp. 20.

¹³⁵ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 497.

mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, já que nem a convenções internacionais com eventual força vinculativa se encontrarão.

No entanto, e conquanto não se encontram vinculados à aplicação dos princípios em análise, os árbitros internacionais podem, e segundo determinados regulamentos de arbitragem de centros institucionalizados devem¹³⁶, ter em conta na decisão acerca do mérito do litígio os usos do comércio internacional, entre os quais se encontram os princípios UNIDROIT. Inclusivamente existem várias sentenças arbitrais internacionais que decidiram com base em tais princípios, exclusivamente ou de forma complementar a direitos nacionais, sendo que não há conhecimento de que estas tenham sido colocadas em causa com fundamento nessa mesma utilização¹³⁷.

Ainda relativamente à importância dos princípios UNIDROIT no instituto da arbitragem comercial internacional, e vice-versa, FABRIZIO MARRELLA explica que, com base no art. 21.º (1) das regras de arbitragem da ICC, os árbitros internacionais poderão utilizar os princípios como que exercendo aqueles a função de “*lex contratus*”¹³⁸, o que consequentemente irá resultar no facto de não ser necessário recorrer a qualquer norma de conflitos estadual de modo a regular o contrato sobre o qual incide o litígio arbitral¹³⁹, na medida em que a tendência atual em sede de arbitragem comercial internacional, segundo a opinião do Autor, é a de se recorrer a normas não estaduais¹⁴⁰, como o são os princípios UNIDROIT, suportando portanto o entendimento de que poderão estes ser aplicáveis, sem mais, ao mérito da causa.

¹³⁶ Alguns já mencionados, como por exemplo o regulamento de arbitragem do CAC-CCIP, ou outros, como se pode ver no anteprojeto do regulamento de arbitragem do Instituto de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto, de Novembro de 2014, no seu art. n.º 39.º (3).

¹³⁷ Cfr. BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, in “*Uniform Law Review*”, Oxford Journals, volume de 2000, n.º 2, Abril, do ano de 2000, pps. 199-218, mais precisamente nas pps. 203-204.

¹³⁸ A este título veja-se, entre outras, a sentença arbitral do Tribunal de Arbitragem Internacional do ICC n.º 7110, em que os árbitros decidiram que, com base nos contratos celebrados entre um Estado e uma parte privada britânica, e entre outras razões, por força da utilização de vocábulos como “*principles of natural justice*”, “*natural justice*” e “*rules of natural justice*” como normas reguladoras do próprio contrato, seriam de aplicar a título de “*lex contratus*” os princípios UNIDROIT, justificando tal decisão no facto de estes serem aplicáveis aos contratos comerciais internacionais – como sucedia no caso concreto –, no facto de serem especialmente elaborados para dar resposta a situações como a do caso, relativas a transações comerciais internacionais, e finalmente por a sua utilização gozar de consenso geral no âmbito do comércio internacional – cfr. MARRELLA, Fabrizio, *ob.cit.*, pps. 1159-1161.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 1154.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 1155.

2. – A *soft law* em matéria de arbitragem comercial internacional

2.1 – Definição de *soft law* internacional

Outra particularidade emergente do comércio internacional, a que a doutrina tem destacado especial atenção, prende-se com a figura da *soft law* internacional, existindo uma clara divisão entre os estudiosos relativamente à definição e natureza daquela, assim como relativamente aos pontos de interseção entre tal figura e a de *hard law*.

Iremos portanto, no presente subcapítulo, realizar uma sucinta análise acerca do conceito de *soft law* internacional, observando aquelas que consideramos ser as suas principais características, assim como as vantagens e desvantagens inerentes à escolha, pelos Estados, de instrumentos de *soft law*. De seguida, propomos-nos a estabelecer uma ponte de ligação e contacto entre aquela e o objeto de estudo da dissertação em mérito: a arbitragem comercial internacional.

De facto, não se afigura como tarefa fácil definir *soft law* no âmbito do comércio internacional. São variadas as explicações acerca de tal figura¹⁴¹, sendo que no entanto uma se nos depara como eficaz na explicação do conceito. De tal modo, LINDA SENDEN entende que a *soft law* se apresenta como um conjunto de “[rules] of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects”¹⁴².

O conceito de *soft law* existe enquanto pólo oposto relativamente ao conceito de *hard law*. Para alguma doutrina, *hard law* afasta-se do conceito de *soft law* na medida em que aquela se baseará na existência de uma norma que seja sempre acompanhada do

¹⁴¹ Tal variedade resulta da enorme quantidade de definições relativamente ao conceito de *soft law* em matéria de comércio internacional que têm sido propostas pelos estudiosos da temática. Nesse sentido, FRANCIS SNYDER entende que será considerado como *soft law* o conjunto de normas sem efeito vinculativo, em princípio, que no entanto poderão surtir efeitos práticos; por outro lado, DANIEL THURER vê-a enquanto um conjunto de compromissos que se apresentam como menos do que leis no sentido restrito do conceito, e que sem terem efeito vinculativo, possuem relevância em sentido legal, e apresentam uma proximidade à própria lei; outras definições são propostas por G. M. BORCHART e K. C. WELLENS, sendo que todas estas podem ser consultadas na obra de LINDA SENDEN – cfr. SENDEN, Linda, “Soft Law in European Community Law”, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, ano de 2004, pps. 111-112.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 112.

elemento coercivo¹⁴³, característica esta unanimemente aceita enquanto caracterizadora do que se considera lei em sentido restrito. Uma definição de *hard law* pode ser dada com base no seguinte excerto: “[*hard law*] refers to legally binding obligations that are precise [...] and that delegate authority for interpreting and implementing the law”¹⁴⁴.

No que às características que em regra possuem os instrumentos internacionais que possam ser considerados *soft law*, refiram-se o caráter geral e abstrato do seu texto, a falta de força vinculativa resultante da redação em regra de recomendações, e não de obrigações jurídicas, a não estipulação de mecanismos de garantia coerciva do cumprimento do seu conteúdo, assim como um determinado grau de flexibilidade próprio dos instrumentos de regulação internacionais, que se poderá apresentar como prejudicial quando se coloquem do outro lado da balança princípios como a segurança e a certeza jurídicas¹⁴⁵. Na nossa opinião, utilizando as ideias de HARTMUT HILLGENBERG quando este se refere às principais vantagens de, no âmbito internacional, serem utilizados instrumentos de *soft law*, sem força vinculativa, e nunca descurando da temática da arbitragem comercial internacional¹⁴⁶, entendemos que a utilização de *soft law* internacional se assume de especial relevância já que consiste, variadas vezes, na criação de um conjunto de normas e regimes preliminares e flexíveis, que permitem um seu desenvolvimento em estágios posteriores¹⁴⁷. Acresce ainda que a adoção de tais instrumentos se apresenta como um impulso de criação de várias legislações nacionais de modo harmonizado e coordenado¹⁴⁸, pois que os Estados

¹⁴³ Relativamente a este ponto de afastamento entre ambos os conceitos - cfr. D'AMATO, Anthony, “International Soft Law, Hard Law and Coherence”, in “*Public Law and Legal Theory Series*”, n.º 08-01, da Northwestern University School of Law, ano de 2008, pp. 9.

¹⁴⁴ Relativamente a tal definição - cfr. SHAFFER, Gregory C., e POLLACK, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, in “*Minnesota Law Review*”, n.º 94, ano de 2010, pps. 706-799, mais precisamente nas pps. 714-715.

¹⁴⁵ No que concerne às características indicadas, e para uma melhor análise sobre a matéria - cfr. NASSER, Salem Hikmat, “Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft law”, in “*Direito Internacional e Desenvolvimento*”, Barueri: Manole, 1.ª edição, ano de 2005, pps. 201-218, mais precisamente na pp. 215.

¹⁴⁶ Vide HILLGENBERG, Harmut, “A Fresh Look at Soft Law”, in “*European Journal of International Law*”, volume 10, n.º 3, ano de 1999, pps. 499-515, mais precisamente nas pps. 501-502.

¹⁴⁷ Um instrumento de *soft law* apresentar-se-á como útil neste ponto na medida em que os Estados têm dificuldade em prever se as normas que adotam hoje serão úteis e desejáveis no futuro. Assim, caso se verifique que não devem ser aquelas as normas adotadas por esses mesmos Estados, e ao contrário do que aconteceria em matéria de *hard law*, aqueles reservam-se à possibilidade de “evoluir” as normas adotadas, de modo a dar uma melhor resposta à realidade com que se deparam - cfr. GUZMAN, Andrew T., e MEYER, Timothy L., “International Soft Law”, in “*Journal of Legal Analysis*”, volume 2, n.º1, Primavera, ano de 2010, pps. 171-225, mais precisamente na pp. 197.

¹⁴⁸ Para uma análise mais extensa daquelas que podem ser consideradas como as principais vantagens da utilização de instrumentos de *soft law* internacional, assim como para verificação do exposto, cfr. HILLGENBERG, Harmut, *ob.cit.*, pps. 501-502.

poderão fazer valer os instrumentos de *soft law* em que bastará que determinado ponto vital do instrumento gere o consenso necessário, para que aqueles o decidam adotar¹⁴⁹.

No entanto, de modo a conferir completude ao subcapítulo em análise, iremos igualmente referir aquelas que se nos deparam como as principais desvantagens e críticas que podem ser dirigidas aquando da adoção de instrumentos de *soft law* por parte dos Estados. A que mais se destaca é desde logo a desvantagem inerente ao facto de os instrumentos de *soft law* poderem ser considerados ineficazes, na medida em que, não criando obrigações vinculativas para os Estados, poderão ser mais facilmente subvalorizados ou renegados por aqueles, conforme ditam as suas próprias conveniências¹⁵⁰. Efetivamente, a falta de força vinculativa característica dos instrumentos de *soft law* poderá ser vista enquanto uma das principais barreiras à sua implementação e utilização. Refira-se ainda o facto de que os instrumentos de *soft law*, por oposição àqueles que são considerados *hard law*, não produzirem efeitos legais diretos nos Estados que os adotem, o que faz com que parte da doutrina, para dar resposta à maior parte das situações, defenda a adoção, pelos Estados, de instrumentos de *hard law*¹⁵¹.

E em matéria de arbitragem comercial internacional? Será que existe algum instrumento que se possa considerar relevante a título de *soft law* internacional? É o que de seguida nos propomos a analisar.

¹⁴⁹ Cfr. GUZMAN, Andrew T., e MEYER, Timothy L., *ob.cit.*, pp. 171.

¹⁵⁰ Cfr. SHAFFER, Gregory C., e POLLACK, Mark A., *ob.cit.*, pp. 716.

¹⁵¹ *Ibidem*, pps. 717-718. Para a realização de uma análise de mais desvantagens acerca da adoção de instrumentos internacionais de *soft law*, por oposição à adoção de instrumentos caracterizados como sendo *hard law*, vide os escritos dos Autores referidos na presente nota de rodapé.

2.2 – *Soft law* na arbitragem comercial internacional – a Lei-Modelo da UNCITRAL

De facto, assume-se como de imprescindível análise, no presente capítulo da dissertação, uma das mais importantes fontes da arbitragem comercial internacional: a Lei-Modelo da UNCITRAL acerca da arbitragem comercial internacional. Esta, que influenciou os legisladores de múltiplos Estados na elaboração das respetivas leis de arbitragem, apresenta-se como o instrumento de *soft law* que reveste uma maior importância em sede do objeto de estudo da investigação que ora desenvolvemos.

A UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law* -, é uma comissão especializada da ONU, criada a 17 de Dezembro de 1966, em assembleia geral daquela Organização¹⁵², que tem como principal objetivo o trabalho de remoção de obstáculos ao bom funcionamento do comércio internacional, derivados não raras vezes das disparidades existentes entre as várias legislações estaduais aplicáveis à matéria¹⁵³. De facto, a criação da UNCITRAL demonstra a atenção dispensada pela ONU relativamente à importância do comércio internacional na manutenção da paz e segurança internacionais, assim como reflete as preocupações internacionais relativamente ao melhoramento de condições comerciais para que países menos desenvolvidos possam passar a contribuir para o crescimento do comércio internacional¹⁵⁴, situação que se afigurava à data urgente tendo em conta o panorama comercial internacional. Lado a lado com o crescimento económico além-fronteiras, começou a surgir a necessidade igualmente de acautelar inevitáveis litígios privados internacionais com que se deparassem os agentes económicos internacionais, sendo que o meio escolhido para tal foi o da arbitragem comercial internacional¹⁵⁵.

Com vista a atingir os objetivos a que se propôs, restaria saber quais seriam as técnicas legislativas que iriam ser levadas a cabo pela UNCITRAL, sendo que é neste campo que é criada, em 1985, a Lei-Modelo da UNCITRAL relativamente à arbitragem

¹⁵² Veja-se, relativamente à criação da UNCITRAL, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 2205 (XXI) de 17 de Dezembro de 1966.

¹⁵³ A presente informação foi retirada do endereço eletrónico da UNCITRAL – cfr. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>, consultado em 01/12/2014.

¹⁵⁴ Vide a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 2205 (XXI), “*Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law*”.

¹⁵⁵ Cfr. PERLOFF, Saul, “The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration”, in “*Journal of International Law*”, volume 13, n.º 2, ano de 1992, pps. 323-350, mais precisamente nas pps. 324-325.

comercial internacional¹⁵⁶, entre outras Leis-Modelo da sua autoria¹⁵⁷. Aquela caracteriza-se por ser “(...) a legislative text that is recommended to States for enactment as part of their national law (...)”, constituindo-se como “(...) an appropriate vehicle for modernization and harmonization of national laws (...)”¹⁵⁸ em matéria de arbitragem comercial internacional, visando adequar as suas legislações domésticas à realidade decorrente das práticas comerciais levadas a cabo no âmbito internacional¹⁵⁹.

Na 12.^a sessão da UNCITRAL, a 14 de Maio de 1981, foi decidido submeter-se ao Secretário-Geral das Nações Unidas um relatório que indicava a intenção da comissão em iniciar trabalhos tendentes à elaboração de uma Lei-Modelo para efeitos de arbitragem comercial internacional, com vista à eliminação de obstáculos, àquela data evidentes, relativamente à imposição de tal meio de resolução de litígios¹⁶⁰ enquanto tal. Essa mesma iniciativa viria a afigurar-se como trabalho árduo, em larga escala por força das disparidades existentes entre as várias legislações nacionais. A escolha pela utilização de uma Lei-Modelo, em contraste com a possível escolha de um protocolo ou de uma convenção internacional, resultou do facto de a comissão querer conferir a tal instrumento uma maior flexibilidade relativamente à sua adoção¹⁶¹, característica própria dos instrumentos de *soft law*, tal como estudado *supra*, tendo sempre como principal objetivo o facto de a Lei-Modelo se apresentar enquanto instrumento que permitisse ultrapassar uma disparidade de pontos de vista relativamente

¹⁵⁶ No que concerne a diferentes técnicas legislativas levadas a cabo pela UNCITRAL, refiram-se a preparação de convenções internacionais, a criação de recomendações e orientações legislativas em matérias relativas ao comércio internacional, assim como de disposições modelo que possam servir de base à unificação e harmonização levada a cabo em futuras convenções preparadas pela própria UNCITRAL, nunca descurando a publicação de trabalhos direcionados para a interpretação uniforme de textos legislativos da sua própria autoria, recolhendo decisões dos tribunais que se possam considerar de interesse para a interpretação e análise dos textos *supra* referidos – relativamente a esta matéria, e para um desenvolvimento mais detalhado, cfr. UNCITRAL, “The UNCITRAL Guide – Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law”, Nações Unidas, Viena, ano de 2007, pps. 13-18.

¹⁵⁷ Pense-se nas Leis-Modelo criadas pela UNCITRAL relativamente a transferências de créditos internacionais, de 1992, a aquisição de bens, construções e serviços acompanhada de orientações relativamente à sua adoção pelos diferentes Estados, de 1994, ao comércio eletrónico de 1996, a insolvências transfronteiriças de 1997, à assinatura eletrónica de 2001, e relativamente ainda à conciliação comercial internacional do ano de 2002.

¹⁵⁸ Cfr. UNCITRAL, “The UNCITRAL Guide...”, *ob.cit.*, pp. 14.

¹⁵⁹ Cfr. HERRMANN, Gerold, “UNCITRAL’s Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration”, in “*Place Law Review*”, volume 4, n.º 3, Primavera, ano de 1984, pps. 537-580, mais precisamente na pp 542.

¹⁶⁰ Cfr. UNCITRAL, UN Doc. A/CN.9/207 - “Report of the ...”, *ob.cit.*, pp. 75.

¹⁶¹ Cfr. MCNERNEY, Mary E., e ESPLUGUES, Carlos A., “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law”, in “*Boston College International and Comparative Law Review*”, volume 9, n.º 1, ano de 1986, pps. 47-71, mais precisamente na pp. 48.

à arbitragem comercial internacional, que insistia em persistir no âmbito do comércio internacional¹⁶².

No que às fontes essenciais da Lei-Modelo respeita, a UNCITRAL utilizou particularmente as especificidades provindas do que havia sido estabelecido na Convenção de Nova Iorque de 1958, assim como o que resultava das regras de arbitragem, criadas pela própria UNCITRAL¹⁶³.

Como principal característica da Lei-Modelo, alguns defendem, a UNCITRAL pretendeu criar um instrumento de recomendação em que fosse notório o poder e a vontade das partes no decurso de toda a arbitragem, por oposição ao que até então sucedia por força das previsões estaduais acerca da temática¹⁶⁴, principalmente direcionadas para as arbitragens domésticas e nem sempre levando em linha de conta a vontade dos agentes económicos internacionais, antes privilegiando o respeito por limites impostos por aquilo que denominamos como “princípios do processo equitativo”, e ainda pelo respeito pela justiça, o que entendemos igualmente ser de proteger. Segundo a própria UNCITRAL, este equilíbrio que deve existir entre a vontade das partes e os limites impostos pelo conteúdo da ordem pública internacional de cada Estado, apresenta-se como sendo o maior desafio a toda a elaboração da Lei-Modelo¹⁶⁵. Entre outras características, refiramos ainda que toda a preparação levada a cabo no âmbito da elaboração do instrumento em análise levou sempre em linha de conta o respeito pelos princípios da equidade e da igualdade entre as partes na arbitragem comercial internacional¹⁶⁶.

O escopo de aplicação da Lei-Modelo é o instituto da arbitragem comercial internacional¹⁶⁷, sendo este conceito delimitado e definido em termos semelhantes ao que *supra* desenvolvemos, pelo que aqui nos não alongaremos em tais explicações

¹⁶² Cfr. PERLOFF, Saul, *ob.cit.*, pp. 337.

¹⁶³ Cfr. HERRMANN, Gerold, *ob.cit.*, pp. 540.

¹⁶⁴ Entre outras características que tentaram plasmar-se na Lei-Modelo da UNCITRAL, refiram-se o poder das partes em determinarem a composição do tribunal arbitral, os procedimentos que aquele terá de adotar no decurso da arbitragem, assim como a possibilidade que as partes têm em escolher qual o direito que desejam ser aplicável à arbitragem comercial internacional, nomeadamente o direito que queiram ver regular o mérito da causa na arbitragem – cfr., a este título, MCNERNEY, Mary E., e ESPLUGUES, Carlos A., *ob.cit.*, pp. 47.

¹⁶⁵ Cfr. UNCITRAL, UNCITRAL - UN Doc. A/CN.9/207 - “Report of the ...”, *ob.cit.*, pp.78.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibidem*, pps. 79-81.

novamente¹⁶⁸. No que concerne ao conteúdo da mesma, refiramos que os seus preceitos estabelecem os princípios e regras a serem seguidos desde início até final num processo arbitral. Deste modo, inicialmente a Lei-Modelo preocupa-se em estabelecer disposições gerais aplicáveis a todas as arbitragens comerciais internacionais que se rejam por aquela¹⁶⁹, passando depois à análise da temática da convenção de arbitragem¹⁷⁰. Os preceitos seguintes debruçam-se sobre a composição do tribunal arbitral, assim como sobre as suas competências¹⁷¹, sendo que finalmente é tratada a problemática da sentença arbitral¹⁷². Não iremos contudo, no presente subcapítulo, realizar a análise do conteúdo sistemático da Lei-Modelo da UNCITRAL de forma pormenorizada, pois que tal tem vindo a ser feito simultaneamente ao estudo das matérias que compõem a dissertação em mérito, e assim o continuará a ser ao longo do trabalho de investigação que está a ser levado a cabo.

No entanto, e apesar de sermos da opinião de que a Lei-Modelo da UNCITRAL se apresenta como uma das mais importantes fontes da arbitragem comercial internacional, sendo dotada de valências inegáveis, e que constitui um claro avanço na harmonização de legislações estaduais em matéria de arbitragem comercial internacional, críticas são apontadas àquela, que passam em grande parte por críticas apontadas ao próprio instituto da arbitragem¹⁷³. Entre outras, refiram-se os elevados custos decorrentes da submissão de um litígio à apreciação de um tribunal arbitral¹⁷⁴ - mais direcionada para o instituto da arbitragem comercial em si própria. No entanto outras são apontadas, como por exemplo o facto de a flexibilidade característica das disposições da Lei-Modelo poder ser utilizada como forma dilatória no decurso do

¹⁶⁸ Relativamente à definição de arbitragem comercial internacional, *vide supra* o capítulo introdutório da presente dissertação de mestrado, mais precisamente o subcapítulo onde é realizada a investigação relativamente ao objeto de estudo da dissertação.

¹⁶⁹ *Vide* os arts. 1.º a 6.º da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁷⁰ Relativamente à convenção de arbitragem, ver os arts. 7.º a 9.º da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁷¹ *Vide*, a este título, os arts. 10.º a 27.º da Lei-Modelo da UNCITRAL, entre os quais se encontra regulada a matéria relativa às medidas provisórias e providências cautelares, de inegável interesse e complexidade.

¹⁷² *Vide* os arts. 28.º a 36.º da Lei-Modelo da UNCITRAL, de onde constam as disposições relativas às sentenças arbitrais e ao término do processo arbitral, assim como relativas ao recurso da sentença e ao seu reconhecimento e execução.

¹⁷³ A respeito das críticas apontadas à Lei-Modelo da UNCITRAL relativa à arbitragem comercial internacional, cfr. GERARDI, Melissa, “Jumpstarting APEC in the Race to “Open Regionalism:” A Proposal for the Multilateral Adoption of UNCITRAL’s Model Law on International Commercial Arbitration”, in “*Northwestern Journal of International Law & Business*”, volume 15, n.º 3, Primavera, ano de 1995, pps. 668-697, mais precisamente nas pps. 693-694.

¹⁷⁴ Entre outras razões, tais custos resultarão de viagens, das próprias remunerações dos árbitros, de tradutores – por vezes necessários já que na arbitragem comercial internacional as partes litigam, em regra, numa língua que não a sua de origem -, entre outros.

processo arbitral, ou ainda a incompletude daquela, por se ter omitido a definir termos como arbitragem, poderes, deveres e direitos dos árbitros, entre outros¹⁷⁵.

Desde a elaboração, pela UNCITRAL, da Lei-Modelo em matéria de arbitragem comercial internacional, de acordo com a opinião de PIETER SANDERS, nenhum Estado que tenha modernizado, alterado ou revisto a sua lei aplicável à arbitragem, deixou de ter em conta o trabalho levado a cabo pela comissão, ainda que muitos tenham ido mais longe que outros, englobando nas suas próprias leis provisões não previstas na Lei-Modelo¹⁷⁶. Tal demonstra claramente pois que aquela foi aceite, entre os Estados de todo o globo, de modo favorável, premiando assim o esforço levado a cabo pela organização.

¹⁷⁵ Cfr. GERARDI, Melissa, *ob.cit.*, pps. 693-694.

¹⁷⁶ Cfr. SANDERS, Pieter, “Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”, in “*Arbitration International*”, Kluwer Law International, volume 11, n.º 1, ano de 1995, pps. 1-38, mais precisamente na pp. 1.

Capítulo II – Decisão com base na equidade

Expostas algumas das especificidades do comércio internacional com relevância para o objeto de estudo da presente dissertação, debruçar-nos-emos pois agora num aspeto de inegável importância no âmbito da análise da arbitragem comercial internacional: o facto de as decisões arbitrais se poderem basear na equidade ou no direito constituído, o que pode suceder quando as próprias partes assim o requeiram, no sentido de verem a sua causa tratada com base numa justiça que se baseie na equidade, o que *infra* analisaremos.

Iremos igualmente desenvolver neste espaço a possibilidade de o árbitro internacional poder atuar enquanto *amiable compositeur*, uma hipótese prevista em diversas legislações estaduais, em instrumentos internacionais, e inclusivamente em regulamentos de inúmeros centros institucionalizados que administram arbitragens internacionais.

É acerca de tais matérias que nos propomos a indagar no presente capítulo.

1. - A decisão com base na equidade na arbitragem comercial internacional

1.1 - Considerações gerais sobre a equidade

Como forma de introduzir o tema da sentença arbitral internacional que se baseie na equidade, iremos inicialmente e de forma muito breve e sucinta explicar o regime legal inerente àquela, atentando especialmente na sua classificação e aplicabilidade.

Prevista como fonte de direito no CCiv português¹⁷⁷, a equidade constitui um tema que tem sido alvo de um longo debate doutrinário, nomeadamente no que concerne à sua natureza¹⁷⁸. Poderá ser definida como “(...) um particular juízo de adequação de uma norma jurídica a um caso concreto em apreciação (...)”¹⁷⁹, o que equivalerá a referir para certa doutrina que a equidade é, na sua opinião, a justiça do caso concreto

¹⁷⁷ Vide o art. 4.º do CCiv., que tem como epígrafe “Valor da equidade”, inserido no Livro I, Título I, Capítulo I, este último designado “Fontes do direito”.

¹⁷⁸ Nesse sentido, cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, “O Direito – Introdução e Teoria Geral”, Almedina, 13.ª Edição Refundida, Março do ano de 2005, pps. 261-262.

¹⁷⁹ Acerca de tal definição e entendimento, cfr. CALHEIROS, Maria Clara, e FARIA, Sérgio Mouta, “Cadernos de Introdução ao Estudo do Direito”, AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 1.ª edição, ano de 2013, pp. 220.

que está ao dispor, enquanto fonte do direito, daqueles que exercem a função jurisdicional¹⁸⁰. OLIVEIRA ASCENSÃO refere mesmo que para aqueles que defendem a equidade enquanto fonte de direito, “(...) a equidade dita soluções para casos, atendendo às peculiaridades características destes (...)”¹⁸¹, e que é por força dessa sua característica que poderá ser entendida enquanto tal. Porém, nem o autor, nem MENEZES CORDEIRO encaram a equidade enquanto fonte do direito, referindo este último que ao invés de fonte do direito, a equidade deve ser vista como um modo de o realizar, ao direito, em que existe “um esbatimento dos seus aspetos mais formais”¹⁸².

O art. 4.º do CCiv português confere aos tribunais estaduais o poder de decidir acerca do mérito do litígio com recurso à equidade quando se encontre preenchida uma de três hipóteses: quando a lei assim o permita¹⁸³, quando estejamos perante uma relação jurídica que se reporte a direitos disponíveis e simultaneamente as partes tenham acordado nesse sentido¹⁸⁴, ou ainda quando as partes na ação tenham convencionado nesse mesmo sentido, nos termos da cláusula compromissória¹⁸⁵. Como explicam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o que resulta de mais especial da análise do artigo em questão do CCiv português “é a ideia de que o julgador não está, nesses casos, subordinado aos critérios normativos fixados na lei”¹⁸⁶, que se apresentam enquanto puros e rigorosos¹⁸⁷.

No que respeita ainda ao art. 4.º do CCiv português, e à decisão com base na equidade, não pretendeu o legislador que o tribunal julgasse de forma arbitrária, mas antes quis conferir às partes a possibilidade de requererem uma solução justa, nunca indo além do direito em si mesmo¹⁸⁸, mas sim tomada à luz do próprio direito, positivado, sem que se dispense o respeito por determinadas formalidades características daquele¹⁸⁹. O juiz, ou o árbitro, quando decidem com base na equidade, estão deste

¹⁸⁰ Pense-se nos juízes estaduais, ou ainda nos árbitros que têm a seu cargo determinada arbitragem, seja ela interna ou internacional.

¹⁸¹ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pp. 261.

¹⁸² Cfr. CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil”, Almedina, 4.ª edição reformulada e atualizada, volume 1, Março do ano de 2012, pp. 613.

¹⁸³ Vide, entre outros, nos arts. 437.º, n.º 1, 812.º e 566.º n.º 3, todos do CCiv português.

¹⁸⁴ Como veremos *infra*, em termos muito semelhantes ao que sucede em sede de arbitragem comercial internacional.

¹⁸⁵ Nos termos previstos na NLA, mais precisamente nos arts. que se dedicam à matéria da convenção de arbitragem.

¹⁸⁶ Cfr. LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, *ob.cit.*, pp. 55.

¹⁸⁷ Cfr. NETO, Abílio, “Código Civil Anotado”, Ediforum, 18.ª edição revista e atualizada, Janeiro do ano de 2013, pp. 16.

¹⁸⁸ Para um desenvolvimento doutrinal acerca da temática, cfr. CORDEIRO, António Menezes, “Tratado...”, *ob.cit.*, pps. 610 e ss.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 611.

modo a aplicar um direito complementar ao que se encontra legalmente estatuído na lei, nunca indo em sentido contrário a este¹⁹⁰.

Não iremos aqui alongar excessivamente a análise do que é a equidade, assim como os efeitos práticos decorrentes da sua adoção, já que para efeitos do objeto de estudo da presente dissertação, iremos no subcapítulo subsequente analisar a sua aplicabilidade por um tribunal arbitral internacional.

1.2 – Aplicabilidade da equidade ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional

Importará neste momento da dissertação esclarecer em que medida será possível a aplicabilidade da equidade ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. Cumpre inicialmente referir que esta possibilidade se encontra consagrada em inúmeras fontes daquele instituto, pelo que iniciaremos a nossa investigação pela exposição dessas mesmas situações, partindo depois para uma análise crítica e mais detalhada acerca da matéria em questão.

Ainda que alguns autores entendam que o termo equidade não pode ser confundível no âmbito do direito internacional com o termo *ex aequo et bono*¹⁹¹, na presente secção irão ambos ser tratados como verdadeiros sinónimos, já que tal semelhança entre conceitos encontra-se plasmada não apenas em instrumentos legislativos e reguladores de arbitragens comerciais internacionais¹⁹², assim como são semelhantemente entendidos pela maioria da doutrina¹⁹³.

É vontade das partes¹⁹⁴, em determinados contratos de cariz internacional, de forma consciente, afastar a aplicação de leis estaduais, seja por aquelas não serem, por

¹⁹⁰ Cfr. CALHEIROS, Maria Clara, e FARIA, Sérgio Mouta, *ob.cit.*, pp. 220.

¹⁹¹ Cfr., entre outros, TRAKMAN, Leon, “Ex Aequo Et Bono: Demystifying an Ancient Concept”, in “*Chicago Journal of International Law*”, volume 8, n.º 2, anos de 2007-2008, pps. 621-642, mais precisamente nas pps. 626-629.

¹⁹² *Vide*, entre outros, o art. 35.º (1) das regras de arbitragem da UNCITRAL de 2010, o art. 187.º (2) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, o art. 21.º (3) do regulamento de arbitragem da ICC, o art. 28.º (3) da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁹³ *Vide*, entre outros, BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pps. 255-256, e RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, “Derecho Aplicable...”, *ob.cit.*, pps. 366-367, e FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 836, e RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pps. 457-458.

¹⁹⁴ É imperioso que seja vontade das partes que a arbitragem comercial internacional seja decidida segundo a equidade. Acontece nos mais diversos sistemas legais como veremos *infra*. “*The choice as to whether an arbitration shall be according to law or*

vezes, aptas a regular situações do comércio internacional, seja porque não pretendem ver o equilíbrio característico de uma relação contratual afetado por um determinado direito ser mais próximo a uma das partes do que a outra. Assim, decidem ver os litígios entre si existentes resolvidos com base naquilo que é considerado “*just and good*”, ou seja, com o recurso à equidade¹⁹⁵. Tal é uma longa tradição em sede de arbitragem comercial internacional¹⁹⁶, como *infra* analisaremos.

A NLAV prevê a possibilidade de ser aplicável a equidade ao mérito da causa quer para efeitos de arbitragens domésticas, quer arbitragens internacionais. Atendendo no seu art. 52.º (1)¹⁹⁷, vemos que “[as] partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade (...)”, o que por si só denota essa mesma faculdade das partes, à luz do já analisado princípio da autonomia da vontade, em sede de DIP¹⁹⁸. Tal faculdade de acordar na realização de um julgamento arbitral segundo a equidade dispensará, portanto, as partes, de indicar quais as regras de direito que queiram ver os árbitros a aplicar¹⁹⁹. Prevê igualmente a mesma possibilidade relativamente a arbitragens domésticas, nacionais, no art. 39.º (1), sendo que relativamente a esta possibilidade importa referir dois importantes aspetos: em primeiro lugar, caso as partes acordem que os árbitros deverão aplicar a equidade à substância da causa, e caso tal acordo seja realizado posteriormente à aceitação pelo primeiro árbitro, diz-nos a NLAV que apenas caso o tribunal arbitral aceite esse mesmo acordo, ele será eficaz²⁰⁰; em segundo lugar, cumpre destacar que caso as partes acordem nesse mesmo sentido, e os árbitros de facto decidam com base na equidade o mérito do litígio, a sentença arbitral não será suscetível de recurso²⁰¹.

pursuant to an equity clause is entirely within the discretion of the contracting parties” – cfr. BRIERLEY, John E. C., ““Equity and good conscience” and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law”, in “*Canadian Business Law Journal*”, volume 19, ano de 1991, pps. 461-484, mais precisamente na pp. 464.

¹⁹⁵ Para suportar tal ideia, cfr. BRANSON, David J. e, WALLACE, JR., Richard E., “Choosing the Substantive Law to Apply in International Commercial Arbitration”, in “*Virginia Journal of International Law*”, volume 27, n.º 1, ano de 1986-1987, pps. 39-64, mais precisamente na pp. 42, na nota de rodapé n.º 14.

¹⁹⁶ Acerca da ideia de que é uma longa tradição em sede de arbitragem, cfr. KUHN, Wolfgang, “Choice of Substantive Law in the Practice of International Arbitration”, in “*International Business Lawyer*”, edição de Abril, ano de 1997, pps. 148-152, mais precisamente na pp. 148.

¹⁹⁷ Aplicável a arbitragens internacionais, na medida em que se insere no Cap. IX, designado “Da arbitragem internacional”.

¹⁹⁸ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 101.

¹⁹⁹ Assim entende MANUEL BARROCAS – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 194.

²⁰⁰ Atente-se no previsto no art. 39.º (2) NLAV.

²⁰¹ Neste sentido, *vide* o art. 39.º (4) da NLAV. Refira-se que a este título, ROBIN DE ANDRADE entende que a proibição de interposição de recurso quando a causa arbitral haja sido decidida com base na equidade se justifica na medida em que os tribunais

No mesmo sentido que a NLAV, relativamente às arbitragens internacionais, apontam diferentes legislações nacionais. Vejam-se, entre outras, a Lei Suíça de Direito Internacional Privado, que estabelece que “[the] parties may authorize the arbitral tribunal to decide *ex aequo et bono*”²⁰², a Lei de Arbitragem Espanhola, de 2003, atualizada, que prevê que “(...) los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”²⁰³, ou ainda a lei brasileira aplicável à arbitragem, já que esta destaca que “[a] arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”²⁰⁴. Curiosa posição adota o *English Arbitration Act*, que na sua secção 46.º (1) (b) determina que deverá o tribunal arbitral decidir a causa “(...) in accordance with such other considerations as are agreed by them [pelas partes]”, entendendo-se aqui plasmada a hipótese de resolução do litígio com recurso à equidade²⁰⁵. Tendo em conta o referido, podemos pois afirmar que a regra, em matéria de arbitragem comercial internacional, e à luz das várias legislações nacionais, é a que consagra que será possível o julgamento *ex aequo et bono* apenas no caso de as partes acordarem nesse mesmo sentido²⁰⁶. Ressalve-se, no entanto, o caso do Estado equatoriano, já que neste a regra é a do julgamento segundo a equidade, pelo que caso as partes desejem ver os árbitros a aplicar um determinado direito em específico, têm obrigatoriamente que convencionar nesse sentido²⁰⁷.

Importará igualmente analisar o que referem os mais importantes instrumentos internacionais relativos à arbitragem comercial internacional. Saliente-se que a Lei-Modelo da UNCITRAL prevê essa mesma possibilidade, quando afirma no art. 28.º (3)

estaduais não são adequados, nem se encontram vocacionados, à apreciação de tais causas em sede de recurso, pelo que uma qualquer convenção das partes no sentido de permitir o recurso para tribunais estaduais, quando simultaneamente prevista seja por aqueles prevista uma cláusula que indique que o tribunal arbitral deverá decidir segundo a equidade, será ineficaz – cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 78.

²⁰² Tal solução encontra-se prevista no art. 187.º (2) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, relativo à decisão acerca do mérito do litígio submetido à arbitragem.

²⁰³ Vide o art. 34.º (1) da Lei Espanhola de Arbitragem de 2003, com as respetivas alterações.

²⁰⁴ A lei brasileira de arbitragem prevê desde logo, no seu art. 2.º, essa mesma possibilidade, esclarecendo *ab initio* a faculdade que as partes terão de decidir acerca da natureza da sua arbitragem, nomeadamente se deverá ser aquela uma arbitragem de direito, ou de equidade.

²⁰⁵ Cfr. HARRIS, Bruce, e PLANTEROSE, Rowan, e TECKS, Jonathan, “The Arbitration Act 1996 – A Commentary”, Blackwell Publishing, 4.ª edição, ano de 2007, pps. 227-228.

²⁰⁶ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, *ob.cit.*, pp. 947.

²⁰⁷ Neste sentido, vide o art. 3.º da Lei Equatoriana de Arbitragem n.º 145/1997, a “AML” – *Arbitration and Mediation Law* - que refere que no caso de as partes não acordarem que a arbitragem seja uma arbitragem de direito, na convenção de arbitragem, aquela será uma arbitragem de equidade, cujo julgamento será *ex aequo et bono*.

que “[the] arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* [...] only if the parties have expressly authorized it to do so”. Relativamente a esta especificidade, cumprirá referir que determinada jurisprudência, nomeadamente os tribunais canadianos, entende que caso a convenção de arbitragem estabeleça que ao tribunal arbitral é conferida a discricionariedade de utilizar, ou não, determinadas formalidades no sentido de alcançar uma decisão, e que caso efetivamente o tribunal não atenda a essas mesmas formalidades, poderá considerar-se que a decisão foi tomada segundo a equidade²⁰⁸. Por outro lado, se atentarmos no art. V da Convenção de Nova Iorque de 1958, verificamos que não se encontra, entre os motivos de recusa de reconhecimento ou de exequibilidade de uma sentença arbitral estrangeira, o facto de um tribunal arbitral ter decidido acerca do mérito do litígio com recurso à equidade, pelo que nos parece que também a Convenção permite o julgamento *ex aequo et bono* pelos tribunais arbitrais, desde que realizado nos termos previstos nas respetivas leis nacionais de arbitragens, ou nos respetivos regulamentos de centros institucionalizados que administram arbitragens internacionais. Refira-se ainda que no sentido de admitir o julgamento *ex aequo et bono* em sede de arbitragem comercial internacional, também as regras de arbitragem da UNCITRAL o permitem, nos termos *supra* analisados relativamente à Lei-Modelo da própria UNCITRAL²⁰⁹. Finalmente, atente-se no previsto no art. 38.º (2) do estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, que lhe confere a possibilidade de julgar o litígio segundo a equidade, em caso de acordo entre as partes direcionado nesse mesmo sentido.

Relativamente a centros institucionalizados, comprovamos que a possibilidade de decidir uma causa arbitral com base na equidade é, também, largamente aceite. Entre outros regulamentos de centros, atente-se no regulamento de arbitragem do CAM-CCBC, que prevê que “[a] permissão para que o Tribunal julgue por equidade deve ser expressa seja na convenção arbitral, seja no Termo de Arbitragem”²¹⁰, no regulamento de arbitragem da ICC, onde se prevê que “[o] tribunal arbitral[...] decidirá *ex aequo et bono* somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes”²¹¹, ou ainda

²⁰⁸ Para consulta do exemplo referido, assim como para uma análise de mais decisões jurisprudenciais relativas ao art. 28.º (3) da Lei-Modelo da UNCITRAL, cfr. UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest...”, *ob.cit.*, pp. 122.

²⁰⁹ Nesse sentido, *vide* o art. 35.º (2) das regras de arbitragem da UNCITRAL.

²¹⁰ *Vide* o art. 9.4.1. do regulamento de arbitragem do CAM-CCBC.

²¹¹ *Vide* o art. 21.º (3) do regulamento de arbitragem da ICC.

nos regulamentos de arbitragem do CAC-CCIP²¹² e da *Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid*²¹³, que adotam semelhantes entendimentos.

A origem da faculdade de as partes poderem acordar, entre si, que os árbitros terão que decidir com base na equidade o mérito do litígio que as opõe, nasceu na Idade Média, com práticas levadas a cabo pelos canonistas, que consideravam no seu dia-a-dia que todas as promessas realizadas teriam que ser cumpridas, o que demonstrava um enorme respeito daqueles pelo princípio *pacta sunt servanda*, assim como que todos os contratos deviam respeitar de modo absoluto o princípio da boa-fé. Deste modo, toda a causa submetida a um terceiro imparcial, de modo a que este decidisse acerca dos litígios que opunham as partes, devia a título final pronunciar-se tendo em conta aqueles princípios²¹⁴.

No que concerne ao julgamento segundo a equidade numa arbitragem comercial internacional, podemos pois referir que a decisão da causa será obtida com base nos factos apresentados pelas partes, não relevando determinadas regras e normas positivadas no direito estrito, sem que no entanto se ultrapassem limites impostos, entre outros, pela ordem pública internacional²¹⁵. Como afirma SAMPAIO CAMELO, a decisão arbitral com base na equidade “(...) *can only be correctly apprehended if it is viewed as an extra-systematic model of decision, i.e., a method of deciding disputes which operates outsider the regulatory logic of the legal systems and its rules*”²¹⁶. O próprio conceito de equidade é considerado, por determinados autores, como um conceito característico do direito internacional, e que pode ser encontrado em inúmeras sentenças arbitrais, na medida em que por vezes as partes estipulam que a decisão

²¹² Vide o art. 35.º (1) do regulamento de arbitragem do CAC-CCIP, aplicável à arbitragem internacional por força do art. 36.º do mesmo regulamento, que estabelece que “[é] aplicável à arbitragem internacional o disposto no artigo anterior quanto ao julgamento por equidade”. Refira-se ainda que o n.º 2 do mesmo art. 35.º regula a situação *supra* analisada relativamente à hipótese de o acordo das partes no sentido de o tribunal arbitral decidir segundo a equidade ser posterior ao início da constituição do tribunal arbitral – tal acontece, igualmente, no anteprojecto de regulamento de arbitragem do instituto de arbitragem comercial da associação comercial do Porto, de Novembro de 2014, no art. 38.º (1) e (2).

²¹³ O art. 21.º (2) do regulamento de arbitragem da *Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid* estabelece que “[los] árbitros sólo resolverán en equidad, esto es, ex aequo et bono [...] si las partes les hubieran autorizado expresamente para ello”.

²¹⁴ Segundo o que nos é explicado em RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pps. 365-366.

²¹⁵ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 15.

²¹⁶ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law”, in “*Journal of International Arbitration*”, Kluwer Law International, volume 25, n.º 5, ano de 2008, pps. 569-581, mais precisamente na pp. 573.

acerca do litígio deve ser alcançada com base naquela²¹⁷, ainda que de forma complementar à própria lei. Não poderá ser entendida a equidade, assim sendo, como um meio integrador de lacunas legais, já que estas realizam-se nos termos da lei. Assim, quando um árbitro decide segundo a equidade, permite-se-lhe ir, de certo modo, além da lei²¹⁸, com determinados limites – pense-se, entre outros, no dever de respeito pelo conteúdo da ordem pública internacional, pelas disposições do contrato, assim como a obrigação de aplicação de normas internacionalmente imperativas²¹⁹.

Deste modo, é possível afirmar que gozam os árbitros de uma maior liberdade no que respeita aos termos em que interpretam e aplicam o próprio direito, estando à sua disposição a possibilidade de escolherem os efeitos que determinada norma imperativa tenha naquela arbitragem em concreto e, segundo as posições mais extremistas, inclusivamente a possibilidade de decidir não a aplicar²²⁰. Neste sentido, quando estejamos perante um caso em que as partes convencionaram que pode ser a equidade aplicável ao mérito do litígio, deparamo-nos com poderes mais vastos ao dispor dos árbitros do que aqueles que resultam caso as partes não tivessem acordado naquela matéria e em tal sentido²²¹, o que segundo LIMA PINHEIRO quer dizer que para efeitos de arbitragem, deve ser entendida a equidade na sua aceção forte: “(...) não se trata apenas de corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das regras jurídicas abstractas, mas de uma decisão que, por ser baseada na dita justiça do caso concreto, não se encontra vinculada ao Direito estrito”²²². O contrário desta aceção forte será aquela que entende que a decisão segundo a equidade apenas confere aos árbitros o poder de adaptar, ou corrigir, determinadas disposições normativas rígidas²²³, sendo que um dos grandes defensores desta tese é MANUEL BARROCAS, que afirma que “[a] equidade não deve esquecer e afastar as normas de direito aplicáveis, mas deve temperar, moderar a sua interpretação e aplicação e enformar soluções que não repugnem ao Direito, mas evitem a sua aplicação rigorosa e desrazoável”^{224 225}. Somos,

²¹⁷ Cfr., a este título, ORFIELD, Lester Bernhardt, “Equity as A concept of International Law”, in “*Kentucky Law Journal*”, 18: 31, ano de 1929, pps. 31-57, mais precisamente na pp. 42.

²¹⁸ Cfr. TRAKMAN, Leon, “*ob.cit.*”, pp. 635.

²¹⁹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, *ob.cit.*, pp. 947.

²²⁰ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 680.

²²¹ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, “Equidade e composição amigável na Nova Lei de Arbitragem Voluntária”, in “*Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*”, volume II, Almedina, Outubro do ano de 2012, pps.165-188, mais precisamente na pp. 184.

²²² Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp.159.

²²³ Explica-nos ARMINDO RIBEIRO MENDES – cfr- MENDES, Armindo Ribeiro, *ob.cit.*, pp. 184.

²²⁴ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 144.

relativamente a tal divergência doutrinária, a concordar com a opinião do primeiro Autor. No entanto, apenas a suportamos já que claramente os árbitros a quem hajam sido conferidos os poderes para julgar segundo a equidade encontram limites naquela sua não vinculação ao direito estrito. Entre outros, devem sempre atender aos preceitos contratuais nos quais se fundou a arbitragem em questão²²⁶ - relativamente a este ponto ao árbitro será vivamente recomendado o respeito pela vontade das partes, a “*volonté réelle*”²²⁷ -, assim como aos princípios estruturantes e fundamentais de todos os sistemas legais que apresentem com a arbitragem uma relevante conexão, nunca devendo violar a ordem pública internacional²²⁸ ligada a esse sistemas legais, matéria essa que nos vamos dedicar a estudar *infra* de um modo mais detalhado²²⁹. De facto, em sede de arbitragem comercial internacional, os árbitros têm os poderes que lhes foram conferidos pelas partes, pelo que a primeira “disposição” pela qual se devem seguir é a própria convenção de arbitragem, nunca esquecendo o facto de que na opinião dos teóricos que debatem a arbitragem, as leis estaduais não significam para os árbitros aquilo que significam, em sentido restrito, para os juízes estaduais²³⁰.

Efetivamente deve o tribunal arbitral respeitar sempre princípios legais fundamentais. Tal significa, entre outros deveres de respeito, que se deverá atender aos preceitos contratuais em causa naquela arbitragem em particular, e simultaneamente à consideração dos factos subjacentes àquela relação contratual, devendo sempre tentar assegurar-se, contudo, que tais estipulações contratuais “(...) *do not operate unfairly to the detriment of one or the other of the parties*”²³¹. Pretende-se deste modo conferir ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir o litígio arbitral com base em critérios de

²²⁵ Para uma noção mais detalhada acerca das divergências relativamente à utilização do termo “equidade” em sede, ou não, de arbitragem comercial, cfr. BRIERLEY, John E. C., *ob.cit.*, pps. 466-467.

²²⁶ O contrato que dá origem à arbitragem é composto por um corpo de normas especiais que resultam, inequivocamente, da vontade de negociação das partes nessa mesma arbitragem, pelo que os preceitos contratuais e os usos comerciais que se considerem aplicáveis àquela transação em específico devem sempre ser atendidos na decisão acerca do mérito do litígio em sede de arbitragem comercial internacional, seja esta decidida com base na equidade ou no direito constituído, como aliás é suportado por vários instrumentos considerados fontes da arbitragem comercial internacional, como Lei-Modelo da UNCITRAL – art. 28.º (4) – e as regras de arbitragem da UNCITRAL – art. 35.º (3) – cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 374.

²²⁷ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 38.

²²⁸ Neste sentido, cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pps. 162-163.

²²⁹ Veja-se o último capítulo da presente dissertação, denominado “Os limites impostos pela ordem pública internacional”.

²³⁰ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pp. 574.

²³¹ Tal opinião é expressa por REDFERN e HUNTER – cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pps. 228-229.

razoabilidade e justiça²³², não estando os árbitros obrigados a decidir com base em normas legalmente consagradas²³³. Embora exista divergência doutrinária a nível internacional acerca da temática, somos a defender a opinião de que as partes, ao incluírem no contrato uma determinada cláusula que permita aos árbitros julgar segundo a equidade, pretendem que se mantenha, em caso de um eventual litígio, o espírito de boa-fé e cooperação à data da assinatura do contrato partilhada por ambas. Daqui resultará que o árbitro, se autorizado por aquelas a julgar segundo a equidade, terá o poder de, eventualmente, ignorar determinados preceitos contratuais que se lhe afigurem como irrazoáveis, injustos e não équos, em detrimento da sua visão daquilo que deve ser uma correta interpretação das cláusulas contratuais à luz do interesse que as partes tinham à data da sua assinatura²³⁴. Contudo, nunca será de mais insistir que o poder de os árbitros poderem decidir com base na equidade não é ilimitado^{235 236}.

Refira-se ainda que baseada ou não na equidade, a sentença arbitral deve sempre ser fundamentada²³⁷, ainda que em termos não tão rigorosos como os previstos para a maioria dos tribunais estaduais²³⁸ - “(...) *en arbitrajes de equidad, los juzgadores deben dar razones para justificar su decisión*”²³⁹. Tal assume-se, na nossa opinião, como indispensável, já que quando a sentença arbitral se não baseie em direito estrito, positivado, deve apresentar os argumentos e as razões que levaram os árbitros a decidir naquele sentido, garantindo-se assim a transparência que consideramos necessária ao bom funcionamento da arbitragem comercial internacional. Assumir-se-á vital, na nossa opinião, quando esteja em causa um julgamento segundo a equidade em arbitragem, que os árbitros deverão sempre dar a conhecer às partes quaisquer regras que adotem no uso

²³² Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 74.

²³³ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 257.

²³⁴ A nossa opinião é idêntica à de SAMPAIO CAMELO, que por sua vez baseou a sua convicção por força dos ensinamentos de ERIC LOQUIN – cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pp. 579.

²³⁵ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 467.

²³⁶ A este respeito, SAMPAIO CAMELO elucida que entre a doutrina portuguesa, determinados autores entendem que a faculdade de decidir segundo a equidade, conferida aos árbitros, tende a permitir a total derrogação de regras imperativas, salvo aquelas consagradas na ordem pública internacional, ao passo que outros autores entendem que apenas está na disposição dos árbitros afastar normas que se não considerem imperativas – cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pp. 570.

²³⁷ Tal obrigação de fundamentação da sentença arbitral encontra-se plasmada, entre outros, no art. 31.º (2) do regulamento de arbitragem da ICC, ou no art. 39.º (1) (e) do regulamento de arbitragem do CAC-CCIP.

²³⁸ Cfr. BEGIC, Taida, “Applicable Law in International Investment Disputes”, Eleven International Publishing, ano de 2005, pp. 229.

²³⁹ Tal como é referido por MORENO RODRÍGUEZ – cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 373.

do seu poder alargado, e cuja previsibilidade não se poderia antever de forma clara, garantindo que aquelas não sejam partes num “processo às cegas”²⁴⁰.

Refira-se que apesar de consagrada em todos os instrumentos previamente analisados, a faculdade que as partes têm de conferir aos árbitros os poderes de decidirem segundo a equidade não é, em regra, utilizada. Entre outras razões, pensemos que uma decisão com base na equidade pode gerar uma solução com que as partes não se sintam familiarizadas, ou com a qual não pudessem contar, inclusivamente porque não estão habituadas muitas vezes a este tipo de arbitragens – daí a regra ser a da necessidade de autorização expressa daquelas²⁴¹. Assim, o julgamento *ex aequo et bono*, extensão do consagrado princípio da autonomia privada²⁴², tem sido objeto de alguma reserva pelas partes numa arbitragem. Isto porque, segundo MARGARET MOSES, entendem aquelas que em sede de arbitragem comercial internacional já gozam, os árbitros, de vastos poderes e liberdades consagradas nos mais diferentes instrumentos reguladores da arbitragem, pelo que caso lhes fosse facultada aos árbitros tal possibilidade, estes passariam a deter um poder adicional que por vezes, entendem as partes, não se justificará²⁴³, pese embora tal poder, no seio dos teóricos e práticos da arbitragem comercial internacional, não seja entendido enquanto “(...) *una libertad caprichosa o voluntariosa de dictar un laudo*”²⁴⁴. Tal relutância em conferir aos árbitros a possibilidade de decidir o mérito do litígio com base na equidade verifica-se de uma forma notória entre os países da *common law*, especialmente em Inglaterra, por força do entendimento de que a equidade se encontra já enraizada no sistema legal e respetivas normas. No entanto, nos tempos mais recentes tem vindo a aceitar-se, de modo mais aberto, a aplicabilidade da equidade ao fundo da causa na arbitragem²⁴⁵, tal como pode ser verificado com recurso à análise da secção 46 (1) (b) do *English Arbitration Act* de

²⁴⁰ Segundo a opinião do Bastonário MÁRIO RAPOSO – cfr. RAPOSO, Mário, *ob.cit.*, pp. 9.

²⁴¹ Assim explica CHRISTOPHER DRAHOZAL – cfr. DRAHOZAL, Christopher R., “The making of the award: comments on case law developments under the UNCITRAL Model Law”, in “*International Arbitration Law Review*”, volume 8, ano de 2005, pps. 183-190, mais precisamente na pp. 185.

²⁴² Expressão utilizada por TAIDA BEGIC – cfr. BEGIC, Taida, *ob.cit.*, pp. 219.

²⁴³ Novamente, cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 74.

²⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 374.

²⁴⁵ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 459. O Autor refere jurisprudência e doutrina que suportam este entendimento, e afirma igualmente que outra das razões para a não-aceitação de bom grado da aplicabilidade da equidade ao fundo da causa na arbitragem comercial internacional poderá igualmente ter origem na própria terminologia do termo “equidade”, pois que este se não encontra devidamente definido para aqueles, podendo confundir-se com noções como a de justiça natural, entre outras.

1996, onde se afirma que o árbitro poderá decidir com base na sua percepção do que será justo, dadas as circunstâncias do caso concreto²⁴⁶.

Pese embora as partes não utilizem tal recurso de modo tão frequente quanto o esperado pelos legisladores, tendo estes consagrado em inúmeros instrumentos tal possibilidade, cumpre destacar um relevante facto subjacente à previsão da oportunidade de realização de julgamentos *ex aequo et bono* em sede de arbitragem comercial internacional: a sua relação com os usos e costumes do comércio internacional. De facto, alguns autores, entre os quais se encontra MORENO RODRÍGUEZ, afirmam que a nova *lex mercatoria*, já analisada na presente dissertação, nasceu como consequência da faculdade conferida aos árbitros de julgar segundo a equidade, já que ainda que tratando-se de conceitos diferentes, o facto de que as sentenças arbitrais internacionais se poderiam basear em princípios de razoabilidade, e tendo em conta que tal poderá remeter os árbitros internacionais para usos internacionais geralmente aplicáveis em sede de comércio internacional, levou a que fosse dada uma importância acrescida pelos práticos da arbitragem à *lex mercatoria*²⁴⁷. Inclusivamente, e para alguns sistemas legais como o inglês, tais conceitos são tão próximos entre si que por estarem excluídos daquilo que se pode considerar como abarcado no “*recognized system of law*”, não são ambos aplicáveis sem que exista uma expressa declaração nesse sentido pelas partes²⁴⁸.

Tratado o conceito de decisão com base na equidade, ou julgamento *ex aequo et bono*, em sede de arbitragem comercial internacional, cumprirá agora distinguir tal figura daquela que se designa por *amiable composition*, tema que desde há largos anos tem proporcionado uma acesa divergência doutrinária.

²⁴⁶ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp.36.

²⁴⁷ Veja-se a explicação relativamente à relação entre a equidade e a *lex mercatoria* no manual de MORENO RODRÍGUEZ – cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pps. 371-372. O Autor afirma que se trata efetivamente de conceitos diferentes, e que os árbitros que estejam possibilitados a decidir com base na equidade não se encontram adstritos à aplicação da *lex mercatoria* na resolução do litígio, já que como estudamos *supra*, esta última pode ser aplicável, por si só, ao mérito do litígio, pelo que se os árbitros internacionais estiverem a atuar à luz de um tal acordo entre as partes, ou poderão julgar com base na equidade, ou com base na *lex mercatoria*.

²⁴⁸ Cfr. SHACKLETON, Stewart R., “The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996”, in “*The Journal of the London Court of International Arbitration*”, LCIA Worldwide Arbitration, volume 13, n.º 4, ano de 1997, pps. 375-389, mais precisamente na pp. 386.

2. - A figura da *amiable composition*

Amiable composition, ou composição amigável, em português, é na nossa opinião, com os fundamentos que *infra* iremos assinalar, uma figura distinta da previamente analisada, a equidade. São vários os fundamentos que nos levam a tecer e defender tal opinião, pelo que seguidamente nos propomos a analisá-los, assim como a justificar a posição que adotamos.

Deparamo-nos, na análise de diversas fontes da arbitragem comercial internacional, com duas possíveis situações relativamente à figura em mérito. Determinadas fontes preveem apenas a figura da *amiable composition*, sendo que outras preveem claramente aquela e a figura do julgamento *ex aequo et bono*, de onde se irá retirar que, efetivamente, são figuras distintas. Um exemplo das primeiras fontes, as que apenas estabelecem a figura da *amiable composition*, é a legislação francesa relativa à arbitragem.

O novo Código de Processo Civil francês de 2011 prevê a possibilidade de o tribunal arbitral atuar enquanto um *amiable compositeur* caso as partes lhe confirmem poderes para tal²⁴⁹, preceito que se baseou no previsto na Convenção Europeia de 1961, que prevê que “[the] arbitrators shall act as *amiable compositeurs* if the parties so decide and if they may under the law applicable to the arbitration”²⁵⁰. Tanto a doutrina como a jurisprudência francesas têm vindo a descartar a hipótese de existência de diferenças entre os dois conceitos *supra* referidos, já que os árbitros internacionais, ao terem o poder de atuar enquanto *amiable compositeurs*, devem atuar sempre direcionados na escolha da solução mais justa, não estando obrigados à aplicação de determinadas leis nacionais, podendo mesmo ignorá-las, ou apenas partir delas para alcançar aquilo que consideram, na sua ótica, justo²⁵¹, quando aplicável ao caso em concreto²⁵². Desse modo, “(...) *the distinction between amiable composition and equity seems artificial given that, in either case, the arbitrators could choose to have their*

²⁴⁹ Vide o art. 1512.º do CPC francês, que estabelece que “[the] arbitral tribunal shall rule as *amiable compositeur* if the parties have empowered it to do so”.

²⁵⁰ Vide o art. VII (2) da Convenção Europeia de 10 de Abril de 1961 sobre arbitragem comercial internacional.

²⁵¹ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 837.

²⁵² Vide, entre outros, o Ac. do *Cour d' Appel* de Paris, de 15 de Março de 1984, relativo ao litígio que opôs a *Soubaigne vs. Limmareds Skogar*.

*sense of what is justice requires prevail over any other consideration*²⁵³. Assim, para efeitos de lei francesa, entre outras²⁵⁴, entende-se a composição amigável como o exato oposto da decisão “(...) em conformidade com as regras de Direito”²⁵⁵, à semelhança do que expusemos *supra* a respeito da decisão com base na equidade.

Por outro lado, ao atentarmos em determinadas legislações, regulamentos, e mesmo em instrumentos internacionais fontes da arbitragem comercial internacional, deparamo-nos com a possibilidade de os árbitros decidirem com base na equidade, ou enquanto compositores amigáveis. Um dos exemplos é, desde logo, a lei portuguesa, a NLAV. O n.º 3 do art. 39.º deste diploma estabelece que, caso exista autorização conferida pelas partes, “(...) o tribunal pode decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo”, o que segundo ROBIN DE ANDRADE constitui uma clara alusão ao mecanismo da composição amigável²⁵⁶, distinto da equidade para efeitos de lei portuguesa²⁵⁷, deixando a dúvida no ar relativamente à extensão dos poderes de um árbitro que aja enquanto *amiable compositeur*, quando comparados aos poderes de um árbitro a quem foi conferida a faculdade de julgar a causa *ex aequo et bono*. No que concerne a tal previsão legislativa, MANUEL BARROCAS entende que a figura da composição amigável, em sede de arbitragem comercial internacional, não deve ser confundida com a mediação ou com a conciliação, já que a decisão resultante daquela atuação do árbitro revestirá sempre a forma de sentença arbitral, devendo respeitar a própria NLAV, acrescentando ainda que apesar de constituírem dois institutos diferentes, a composição amigável pressupõe sempre que os árbitros ponderem acerca da equidade no caso em específico²⁵⁸.

Podemos referir ainda a Lei-Modelo da UNCITRAL, que no seu art. 28.º (3)²⁵⁹ estabelece uma solução idêntica à NLAV. No mesmo sentido apontam igualmente as regras de arbitragem da UNCITRAL, que no seu art. 35.º (2) estabelecem que o tribunal

²⁵³ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 836.

²⁵⁴ Refiram-se as leis alemã e italiana relativas à arbitragem, que não apresentam qualquer distinção entre equidade e *amiable composition*, segundo o que nos refere ARMINDO RIBEIRO MENDES – cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, *ob.cit.*, pp. 184.

²⁵⁵ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 164.

²⁵⁶ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 78.

²⁵⁷ Até porque o mesmo art. 39.º da NLAV, nos seus n.ºs 1 e 2, prevê a arbitragem de equidade como mecanismo distinto do previsto no seu n.º 3, relativo à composição amigável.

²⁵⁸ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 146.

²⁵⁹ O art. 28.º (3) estabelece que “[the] arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so”.

arbitral “(...) *shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono* (...)”. Contudo, refira-se que grande parte dos autores entendem que a Lei-Modelo, ao estabelecer ambas as possibilidades, apenas o fez de modo a afastar-se de um debate e de uma divergência que se vinha a manter há já alguns anos, relativamente aos poderes conferidos aos árbitros internacionais por força de uma ou da outra figura²⁶⁰. Refira-se que esta fonte da arbitragem comercial internacional prevê sempre, quer em caso de julgamento segundo a equidade, quer se opere uma composição amigável dos interesses das partes, que se devem respeitar os termos do contrato que dá origem à arbitragem²⁶¹.

No que a fontes privadas internacionais da arbitragem concerne, destacamos desde logo o regulamento de arbitragem da ICC, que no art. 21.º (3) refere “[o] tribunal arbitral assumirá os poderes de *amiable compositeur* ou decidirá *ex aequo et bono* somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes”. Em sentido idêntico aponta o regulamento de arbitragem da *Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid*, no seu art. 21.º (2)²⁶².

Importa desde logo destacar, a título de conclusão da análise levada a cabo relativamente às várias fontes da arbitragem comercial internacional, que naquelas em que se prevê a existência de ambas as figuras em mérito, se parte logo para uma distinção clara entre ambas. De facto, a utilização de termos como “ou”, “e”, entre outros que servem de separação entre os conceitos de *amiable composition* e de julgamento *ex aequo et bono*, pressupõem logo à partida uma diferenciação de regimes e da extensão dos poderes conferidos aos árbitros internacionais, como de seguida veremos.²⁶³

De modo a esclarecer a distinção entre um árbitro habilitado a realizar um julgamento *ex aequo et bono*, e um árbitro a quem foram concedidos os poderes para

²⁶⁰ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, *ob.cit.*, pp. 183 – com base nas opiniões de HOWARD M. HOLZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, o Autor refere que a Lei-Modelo da UNCITRAL utilizou ambos os termos, na sua redação, pois existia uma evidente divergência a título de legislações nacionais, uma vez que umas daquelas utilizavam o termo equidade, ao passo que outras recorriam ao termo composição amigável. A vantagem da previsão de ambos os termos é clara: não se ignoram práticas arbitrais já enraizadas em determinados sistemas jurídicos.

²⁶¹ Existem decisões de tribunais estaduais que suportam esse mesmo entendimento, e que aliás referem que “(...) *the arbitrator acting as amiable compositeur should find a way to reconcile the terms of the contract with good faith in its performance*” – cfr. UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest...”, *ob.cit.*, pp. 122. Também doutrina o refere – cfr. BRIERLEY, John E. C., *ob.cit.*, pp.471.

²⁶² Onde se pode ler: “[los] árbitros sólo resolverán en equidade, esto es, *ex aequo et bono* o como amigables componedores, si las partes les hubieran autorizado expresamente para ello”.

²⁶³ Vide, relativamente a esta opinião, o escrito por TAIDA BEGIC – cfr. BEGIC, Taida, *ob.cit.*, pp. 222.

atuar enquanto *amiable compositeur*, socorremo-nos dos escritos de ARMINDO RIBEIRO MENDES²⁶⁴. Este afirma que, para efeitos de arbitragem comercial internacional, os poderes concedidos aos primeiros são mais vastos que aqueles que são conferidos aos *amiable compositeurs*, porquanto entende a equidade na sua aceção forte, tal como referimos *supra* relativamente à opinião de LIMA PINHEIRO. Nessa medida, os poderes dos árbitros habilitados a julgar segundo a equidade são mais vastos²⁶⁵, já que estes terão a possibilidade de afastar completamente normas gerais pré-existentes²⁶⁶ - na *amiable composition*, os árbitros terão a possibilidade de moderar os efeitos de determinada lei que considerem ser aplicável ao caso concreto²⁶⁷. Assim, um árbitro que atue no sentido de alcançar a composição amigável dos interesses das partes em jogo, numa arbitragem comercial internacional, deve primeiramente alcançar um resultado jurídico, patente em normas legais pré-existentes, e só posteriormente, e caso se afigure necessário, corrigir esse mesmo resultado²⁶⁸. Por outro lado, e em sentido oposto, existe doutrina que entende que a distinção entre ambas as figuras é exatamente inversa ao proposto por J-F. POUDRET e SEBASTIEN BESSON, Autores nos quais se fundou a opinião de ARMINDO RIBEIRO MENDES²⁶⁹. Defende essa doutrina que a composição amigável se apresenta como instituto mais vasto quando comparado à arbitragem de equidade, na medida em que esta última é apenas o passo inicial da primeira²⁷⁰. Desse modo, a partir do momento em que está encontrada a solução justa e razoável, deverá o *amiable compositeur* tentar encontrar uma solução que “(...) pudesse ser facilmente aceite por ambas as partes, constituindo um compromisso entre os direitos invocados pelas partes do litígio, impondo-lhes concessões recíprocas ou sacrifícios mútuos (...)”²⁷¹, numa clara tentativa de manutenção do interesse das partes na relação jurídica da qual emanou o litígio. Assim, pese embora as diferenças, como ponto comum entre ambas as figuras encontramos sempre a consideração que a *amiable composition*, assim como a decisão segundo a equidade, permitem sempre aos árbitros

²⁶⁴ Este, por sua vez, suporta a sua opinião no afirmado por J-F. POUDRET e SEBASTIEN BESSON.

²⁶⁵ Tal é a orientação da própria UNCITRAL e da ONU – cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement ...”, *ob.cit.*, pps. 14-15.

²⁶⁶ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, *ob.cit.*, pp. 184.

²⁶⁷ Esta é a opinião de DIMITRIOS ATHANASAKIS – cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 37. Já STEWART SHACKLETON refere, em nota de rodapé, que os árbitros habilitados a atuar enquanto compositores amigáveis não estão necessariamente impedidos de aplicar a letra de uma determinada lei nacional, ou mesmo de normas internacionais, na arbitragem – cfr. SHACKLETON, Stewart R., *ob.cit.*, pp.379.

²⁶⁸ Tal posição é defendida por GARY BORN – cfr. BORN, Gary B., “International Commercial...”, *ob.cit.*, pp. 2238.

²⁶⁹ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, *ob.cit.*, pps. 172-181.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ Tal ideia é defendida por ERIC LOQUIN, e analisada por ARMINDO RIBEIRO MENDES – *Ibidem*, pp. 172.

internacionais a construção de uma sentença arbitral em que não se aplique, obrigatoriamente e sem mais, normas pré-existentes, dando-se especial primazia à justiça e à razoabilidade que o caso concreto reclama²⁷². Outras opiniões existem que afirmam que enquanto a composição amigável “(...) grants a tribunal the power to settle the case”, o julgamento segundo a equidade o não permitirá²⁷³. RUBINO-SAMMARTANO afirma relativamente ao poder referido que esse é apenas um segundo estágio do processo arbitral em que o árbitro atue enquanto *amiable compositeur*, já que inicialmente caberá aos árbitros decidir se os argumentos das partes na arbitragem são, ou não, válidos, e em que medida o são, sendo que para tal terá que se socorrer de um direito que se possa considerar aplicável àquela arbitragem, escolha essa que caberá ao próprio²⁷⁴. Segundo o Autor italiano, a distinção entre as figuras em mérito teve a sua origem em Itália, onde se estabeleceu entre alguma doutrina e jurisprudência que enquanto o árbitro que julga segundo a equidade tem o poder de decidir o caso, o compositor amigável tem o poder de resolver o litígio entre as partes através da celebração de um acordo²⁷⁵, tendo em conta os interesses das partes e a manutenção das suas relações jurídicas. Já SAMPAIO CAMELO defende que a distinção entre ambos os conceitos deve ser criteriosa, sob pena da existência de uma confusão entre o conceito de arbitragem e os conceitos de mediação²⁷⁶, e mesmo de conciliação²⁷⁷.

Reservamo-nos, relativamente à divergência doutrinária analisada no parágrafo antecedente, a não tomar qualquer posição, preferindo antes descrever ambas as posições. Contudo, reafirmamos a nossa posição relativamente à existência de uma

²⁷² Vejam-se, nesse sentido, as opiniões de MARGARET MOSES e de GARY BORN - cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 74; BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pps. 255-256.

²⁷³ Tal opinião é expressa por TAIDA BEGIC – cfr. BEGIC, Taida, BEGIC, Taida, *ob.cit.*, pp. 221.

²⁷⁴ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 470.

²⁷⁵ *Ibidem*, pps. 472-473. RUBINO-SAMMARTANO não toma uma posição definida quanto a esta questão, limitando-se a descrever o que tem vindo a ser o entendimento acerca da figura do *amiable compositeur* em Itália.

²⁷⁶ Acerca dessa mesma distinção, cfr. BRIERLEY, John E. C., *ob.cit.*, pp. 473.

²⁷⁷ O Autor entende que o papel de alcançar um acordo entre as partes deve ficar reservado aos mediadores, e aos conciliadores, a quem as partes conferiram tais poderes, inclusivamente pelo meio de resolução de litígios que decidiram utilizar. Acredita que a melhor forma de definir composição amigável é seguindo a teoria proposta por ERIC LOQUIN, que defende que o árbitro compositor amigável deve tentar alcançar uma solução que melhor se afigure como passível de ser aceite pelas partes na arbitragem, sem que se comprometam as suas relações futuras. De tal modo, vê a figura da composição amigável enquanto um julgamento segundo a equidade, em que devem os árbitros ter em conta o previamente referido, relativamente à aceitação da decisão pelas partes – cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pps. 576-578. Outros autores reiteram tal distinção entre mediação/conciliação e arbitragem, destacando desde logo o caráter vinculativo da sentença arbitral, por oposição ao caráter não vinculativo das decisões dos mediadores e dos conciliadores, assim como o caráter jurisdicional da atuação dos árbitros – cfr. CHUKWUMERIE, Okezie, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, in “*Anglo-American Law Review*”, volume 23, ano de 1994, pps. 265-310, mais precisamente na pp. 283.

divergência entre os conceitos de julgamento segundo a equidade e composição amigável.

Refira-se ainda, e apenas a título de advertência, que os conceitos de *amiable composition* e de *lex mercatoria* não devem ser, obviamente, confundidos. De facto, um compositor amigável está dispensado, segundo alguns autores, de aplicar as disposições normativas tal e qual enquanto previstas em um qualquer sistema legal, enquanto um árbitro a quem seja dada a indicação de aplicar a *lex mercatoria* deve determinar os princípios existentes que devem ser aplicados àquele caso em específico. Enquanto a composição amigável se repercute também na estrutura da própria arbitragem, a *lex mercatoria* será o conjunto de regras que poderão ser aplicadas em qualquer arbitragem²⁷⁸. Deste modo, o facto de ser aplicável a *lex mercatoria* numa determinada arbitragem comercial internacional, não permite aos árbitros ignorar regras e normas pré-existentes, como sucede quando atuem enquanto compositores amigáveis, já que os preceitos daquela são, afinal, normas, ainda que de carácter internacional, e não pertencentes a uma qualquer legislação nacional²⁷⁹.

Quer se seja da opinião dos Autores franceses, que entendem não ser de distinguir ambos os conceitos, quer se adote a tese por nós defendida acerca da diferença entre ambos, cumpre mais uma vez destacar o respeito que devem ter os árbitros internacionais, ao atuar enquanto *amiable compositeurs*, em primeiro lugar em relação à vontade das partes²⁸⁰, e em segundo lugar relativamente aos limites previstos pela ordem pública internacional²⁸¹, inderrogáveis, que caso sejam violados poderão ter

²⁷⁸ Cfr. WEINBERG, Karyn S., “Equity in International Arbitration: How Fair is Fair – A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition”, in “*Boston University International Law Journal*”, volume 12, ano de 1994, pps. 227-254, mais precisamente na pp. 232.

²⁷⁹ Cfr. HERBOCZKOVÁ, Jana, “Amiable Composition in the International Commercial Arbitration”, Law Faculty of the Masaryk University, ano de 2008, pp. 3 – o artigo pode ser consultado *online*, através do endereço: https://law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herbockova_jana.pdf, consultado em 15/12/2014. A Autora refere ainda que o conceito de *amiable composition* é criticado por diversa doutrina com base na imprevisibilidade, incerteza e subjetividade inerentes à sua aplicação. Já MOHAMED RAFFA, para além de referir tais características da composição amigável, que a consideram alvo de críticas, relembra ainda que para muitos a própria natureza e carácter daquela figura são incompatíveis com o carácter e natureza da própria arbitragem, já que esta terá natureza jurisdicional que lhe impõe a aplicação de uma determinada lei – cfr. RAFFA, Mohamed, “Amiable Composition and Ex Aequo et Bono Arbitration”, in “*Law Journal of Nigerian Law*”, Janeiro de 2013, pps. 1-3, mais precisamente na pp. 2.

²⁸⁰ Concretização prática da importância do princípio da autonomia privada em sede de arbitragem comercial internacional, sendo que quando se trate de decidir segundo a equidade, ou quando se confira aos árbitros o poder de atuarem enquanto compositores amigáveis, deve haver sempre previsão expressa pelas partes nesse sentido, como pudemos analisar e confirmar.

²⁸¹ Vide a sentença arbitral n.º 4265 (1984) do Tribunal Internacional de Arbitragem da ICC, acerca do litígio que opôs uma sociedade egípcia e uma sociedade holandesa – consultado através da sua publicação no *Journal du Droit International* – cfr. “ICC

como consequência a recusa do seu reconhecimento à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958²⁸².

3. - A decisão com base no direito constituído

Em sentido inverso à decisão segundo a equidade, assim como à arbitragem decidida por um compositor amigável, surge-nos como regra a denominada arbitragem de direito – a que aplica regras e normas pré-existentes com vista a alcançar uma solução no caso em apreço.

O julgamento *ex iure stricto* corresponde assim ao julgamento arbitral em que se considera aplicável um determinado direito que será alvo, por parte dos árbitros internacionais, de uma interpretação e aplicação aos factos subjacentes ao litígio que deu origem à arbitragem comercial internacional. Tal interpretação e manuseamento do direito aplicável, crê MANUEL BARROCAS, não serão tão rígidos em sede de arbitragem quando comparados à jurisdição estadual, porquanto os árbitros, por serem figuras imparciais e não pertencentes aos sistemas judiciais nacionais aos quais pertençam as leis potencialmente aplicáveis, não serão obrigados a seguir a jurisprudência dos tribunais estaduais desses mesmos Estados²⁸³.

Em Portugal, assim como em muitos outros Estados em que as práticas arbitrais se começam a enraizar enquanto meios legítimos e adequados à resolução de determinados litígios, a NLAV assume, como regra, que o julgamento arbitral internacional deve ser um julgamento *ex iure stricto*²⁸⁴. Assim, veja-se o art. 52.º (1) da NLAV, que estabelece como regra exatamente o julgamento segundo as regras de

Award No. 4265 (1984) Egyptian Company v. Dutch Company”, in “*Journal du Droit International*”, Lexis Nexis, volume 111, ano de 1984, pps. 922.

²⁸² Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 841.

²⁸³ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 675. Cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pp. 574. No entanto, MANUEL BARROCAS entende não existir uma diferença substancial entre um julgamento judicial e um julgamento arbitral *ex iure stricto*.

²⁸⁴ Como referimos *supra*, e que seja do nosso conhecimento, apenas a lei de arbitragem do Estado do Equador assume como regra a arbitragem de equidade. Todas as restantes legislações analisadas, juntamente com estatutos e regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada, assim como instrumentos internacionais reguladores da arbitragem comercial internacional, estabelecem como regra, para este instituto, a realização de julgamento arbitral segundo o direito constituído, e apenas subsidiariamente, caso seja a vontade das partes, segundo a equidade ou nos termos de uma composição amigável dos interesses das partes.

direito escolhidas pelas partes²⁸⁵. Como refere SAMPAIO CAMELO, a decisão segundo a equidade, em sede de arbitragem comercial internacional, apresenta-se enquanto uma real alternativa à decisão segundo o direito, o que igualmente aponta para uma subsidiariedade daquela em relação a esta²⁸⁶.

O julgamento segundo o direito constituído, em arbitragem comercial internacional, comporta inúmeras especificidades, assim como reclama uma especial atenção no que concerne à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio. Entre muitas normas de conflitos utilizadas para se determinar qual o direito que será aplicado na resolução do litígio, importará sempre atentar nas especificidades do sistema jurídico escolhido, como por exemplo de que modo é levado a cabo o reconhecimento e a exequibilidade de uma sentença arbitral, ou ainda as regras que se considerem aplicáveis à validade formal e substancial do contrato que deu origem à arbitragem comercial internacional²⁸⁷.

É a escolha levada a cabo pelas partes ou pelos árbitros, do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem, que nos propomos a estudar e investigar nos capítulos que se seguem.

²⁸⁵ O art. 52.º (1) da NLAV consagra que “[as] partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade” – é claro e evidente o papel subsidiário que assume, para efeitos de arbitragem comercial internacional no ordenamento jurídico português, a arbitragem de equidade, relativamente à arbitragem de direito constituído – apenas caso as partes convencionem nesse sentido, como vimos *supra*, poderá a arbitragem ser de equidade, o que releva o carácter de regime-regra do julgamento *ex iure stricto* da arbitragem, em Portugal.

²⁸⁶ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity...”, *ob.cit.*, pp. 572.

²⁸⁷ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 677.

Capítulo III – A escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional pelas partes

Concentrar-nos-emos primeiramente na consagração do princípio da autonomia da vontade nas várias fontes da arbitragem comercial internacional, especialmente no que respeita à sua relevância em matéria de escolha do direito aplicável à substância daquela, nunca descurando de uma análise acerca das vantagens que podem ser retiradas da sua consagração. Propomo-nos seguidamente a analisar de forma cuidada as diversas especificidades que comporta a escolha da *electio juris*, assim como a validade das cláusulas de escolha do direito aplicável numa arbitragem comercial internacional. Pensamos ser de útil investigação ainda a questão relativa ao *timing* da escolha do direito aplicável pelas partes – quando o devem fazer, e quais as implicações da não tempestividade na escolha -, assim como finalmente iremos debruçar-nos sobre as possibilidades que as partes têm ao seu dispor para decidirem que seja um determinado direito, ou conjunto de normas, que vá ser aplicável na decisão da arbitragem comercial internacional, em que são parte interessada.

1. – Notas sobre o princípio da autonomia da vontade e sua consagração nas fontes da arbitragem comercial internacional

O princípio da autonomia privada, dentro do âmbito do direito privado, assume-se hoje em dia, tal como sempre se assumiu, como um importante marco caracterizador dos princípios jurídicos privatísticos, e que tem como corolário, entre outros, o princípio da liberdade contratual das partes num contrato²⁸⁸.

Previsto no art. 405.º do CCiv português, em que se afirma que “(...) as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos [...] ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”, foi estabelecido pelo STJ que se deve, entre outras formas, entender este princípio no sentido de que este “(...) consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem

²⁸⁸ Cfr. LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, *ob.cit.*, pp. 355.

jurídica”²⁸⁹. Para MENEZES CORDEIRO o princípio da autonomia privada caracteriza-se como “uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”, o que de certo modo cria “um espaço de liberdade jurídica atribuída, pelo direito, às pessoas”²⁹⁰.

Em sede de DIP, MORENO RODRÍGUEZ entende que a autonomia privada se relacionará, diferentemente do que sucede no plano interno, como *supra* referimos, “(...) *con la potestad de las partes de convenir el derecho que les será aplicable*”²⁹¹. Por outro lado, GEORGE COHEN afirma que no âmbito dos contratos internacionais, as regras que os regem, como a convenção de arbitragem internacional, devem ser “*default rules*”, em vez de “*mandatory rules*”, sendo que “[*default*] *rules are rules that parties can contract around, whereas mandatory rules apply regardless of the parties’ intentions*”²⁹², fixando portanto também uma aproximação ao princípio da autonomia privada no seu entendimento relativamente à forma de reger contratos transfronteiriços. Já TREVOR HARTLEY entende que o princípio da autonomia da vontade se preocupa não só com a determinação de saber se, de facto, as partes celebraram um contrato internacional, mas também aquilo que acordaram na celebração desse mesmo contrato²⁹³. ANABELA GONÇALVES esclarece ainda, em sede de DIP, que “[a] autonomia da vontade de cariz conflitual traduz-se na escolha por ambas as partes ou por apenas por uma delas (...) de uma lei aplicável a determinada situação (...)”, lei essa que “(...) pode ser limitada a um conjunto de leis definidas previamente pelo legislador ou não (...)”²⁹⁴, conferindo portanto às partes a possibilidade de contratarem livremente a nível privado e internacional²⁹⁵.

É esta faceta do princípio da autonomia da vontade, de cariz internacionalista, que carece de uma análise em sede de arbitragem comercial internacional, de modo a ser possível afirmar que aquele é um dos princípios orientadores de toda a figura. De facto, tendo em conta o previamente referido no capítulo introdutório da presente

²⁸⁹ Vide o Ac. do STJ, datado de 28 de Outubro de 1997, em que foi relator Fernandes Magalhães, consultado em: “<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/9d19f04cc81654ed80256965005502d6?OpenDocument..>”

²⁹⁰ Cfr. CORDEIRO, Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, Tomo I, Almedina, 2.ª edição, ano de 2000, pp. 217.

²⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 95.

²⁹² Cfr. COHEN, George M., “Interpretation and Implied Terms in Contract Law”, in “*University of Virginia School of Law - John M. Olin Law and Economics Research Paper Series No. 2009-12*”, Setembro de 2009, pp. 8.

²⁹³ Cfr. HARTLEY, Trevor C., “International Commercial Litigation – Text, Cases and Materials on Private International Law”, Cambridge University Press, 1.ª edição, ano de 2009, pp. 566.

²⁹⁴ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado”, Almedina, Coimbra, ano de 2013, pp. 273.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 279.

dissertação, dúvidas não restarão que a arbitragem comercial internacional se assume como um instituto que vai de encontro precisamente ao estabelecido no princípio em estudo.

Em matéria de arbitragem comercial internacional, o princípio da autonomia da vontade das partes encontra estatuição não apenas em leis nacionais, mas também em regulamentação internacional, assim como em estatutos dos mais diversos centros de arbitragem institucionalizados. LIMA PINHEIRO afirma que a autonomia das partes “(...) *in the determination of the legal framework of the arbitration has arisen as an expression of the contractual conception of the arbitration (...)*”, teoria aceite em larga escala nos EUA²⁹⁶. Já EMILIA ONYEMA entende que “(...) *party autonomy is supreme in international arbitration references [...] especially since parties can choose to subject their dispute to the procedural rules of an independent, non-national regime*”²⁹⁷. REDFERN e HUNTER referem que a autonomia das partes “(...) *is the guiding principle in determining the procedure to be followed in an international arbitration (...)*”, e que do seu exercício resultará a atribuição, ao tribunal arbitral internacional, de poderes e deveres que as partes considerem apropriadas e adequadas ao caso concreto²⁹⁸. Por outro lado, PINTO MONTEIRO afirma que por força do estabelecido na convenção de arbitragem internacional, está na liberdade contratual das partes a escolha das regras aplicáveis ao seu processo arbitral, podendo aquelas “escolher os árbitros, as regras processuais, a lei aplicável, a sede do tribunal arbitral, a língua dos autos, o prazo para a decisão arbitral”, afirmando ainda que são as partes que “definem as regras do jogo” no tabuleiro que é o processo de arbitragem comercial internacional²⁹⁹, expressão inequívoca do princípio em mérito.

A própria UNCITRAL, aquando da redação da Lei-Modelo, no ano de 1981, afirmou que o princípio estruturante em que se deveria basear toda a Lei-Modelo seria o princípio da liberdade das partes, tendo tal ideia subjacente a intenção de facilitar “(...) *the proper functioning of international commercial arbitration according to their*

²⁹⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “The Confluence of Transnational Rules and National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration”, in “*Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*”, Almedina, ano de 2006, consultado através do endereço eletrónico: <http://arbitragem.pt/estudos/legal-framework-of-arbitration.pdf>, pp. 22.

²⁹⁷ Cfr. ONYEMA, Emilia, “International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract”, Routledge Research in International Commercial Law, 1ª edição, ano de 2010, pp. 40.

²⁹⁸ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 365 e 366.

²⁹⁹ Cfr. MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in “*Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*”, Coimbra Editora, volume II, 1ª edição, Julho do ano de 2013, pp. 592.

expectations”³⁰⁰. Efetivamente, no texto da Lei-Modelo da UNCITRAL consagrou-se tal ideia no art. 19.º (1), de onde se retira que “(...) *the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings (...)*”, sendo que também o art. 2.º da Convenção de Genebra de 1923 vai de encontro a tal entendimento. O art. V (1) (d) 1ª parte da Convenção de Nova Iorque de 1958 consagra esse mesmo respeito que o tribunal arbitral deve ter em relação à escolha realizada pelas partes acerca das disposições que regulem o seu próprio processo arbitral, na medida em que estabelece como fundamento de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral, entre outros, o facto de o processo de arbitragem não se encontrar em conformidade com a convenção das próprias partes no processo.

A imposição do princípio da autonomia privada enquanto orientador de toda a arbitragem comercial internacional resulta igualmente das imposições estatuídas nos regulamentos dos principais centros de arbitragem institucionalizada mundiais. As regras de arbitragem da ICC preveem no art. n.º 19.º (1) que “[o] procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissivo, pelas regras que as partes [...] determinarem”³⁰¹.

A tese da deslocalização da arbitragem comercial internacional, através da qual a doutrina tem vindo a entender aquela enquanto método de resolução de litígios internacionais autónomo e anacional, que funciona para lá das legislações e tribunais estaduais, encontrou no princípio da autonomia da vontade o seu mecanismo preferencial de consagração, na medida em que é permitido às partes e ao tribunal arbitral exercer um controlo acrescido no que concerne ao processo arbitral, especialmente no que respeita à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio daquele³⁰². Existe inclusivamente entre alguma doutrina a crença de que a autonomia da arbitragem comercial internacional em relação aos Estados se fundará no princípio da autonomia privada, ao invés de o utilizar enquanto meio para atingir a tão referida

³⁰⁰ Cfr. UNCITRAL, UNCITRAL - UN Doc. A/CN.9/207 - “Report of the Secretary-General: possible features of a model law on international commercial arbitration”, in “*Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*”, ano de 1981, Volume XII, pp. 78, parágrafo 17, consultado através do endereço:

<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/102/47/PDF/NL810247.pdf?OpenElement>, consultado em 25/01/2015.

³⁰¹ Vide o regulamentos de arbitragem e de ADR do Tribunal Internacional de Arbitragem da ICC.

³⁰² Cfr. TIENSUU, Tuomas, “The Choice-of-Law Methodology Applied in ICC and CIETAC Arbitration”, “*Master’s Thesis in Private International and Comparative Law – Faculty of Law, University of Helsinki*”, Maio do ano de 2014, pp. 18.

autonomização e deslocalização³⁰³. De facto assume-se a autonomia da vontade como um valor supremo de todo e qualquer ordenamento jurídico, sendo-o também relativamente à arbitragem comercial internacional, na medida em que por força da liberdade dos cidadãos, em larga escala conferida pelo princípio aqui em relevo, se funda a viabilidade de resolução de litígios relativos a direitos disponíveis, pelos árbitros internacionais. Essa vontade expressar-se-á através da elaboração, pelas pessoas, da convenção arbitral³⁰⁴, maestra de todo o processo arbitral, através da qual as partes podem “orquestrar” toda a estrutura e regulação da arbitragem comercial internacional, de forma autónoma e livre³⁰⁵.

O princípio da autonomia da vontade, direcionando-o no sentido do desenvolvimento da presente dissertação, para alguma doutrina é considerado como uma regra de conflitos que designa um determinado direito a ser aplicável pelos árbitros internacionais, destinada a enquadrar uma determinada relação jurídica num sistema autónomo de direito escolhido pelas partes³⁰⁶. Não será de espantar e reafirmar, portanto, que encontra larga consagração nas mais variadas fontes do instituto da arbitragem comercial internacional, sejam elas nacionais, internacionais, públicas ou privadas. De facto, a liberdade de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio, pelas partes, desde a negociação até à fase de execução dos contratos internacionais que contenham em si uma convenção de arbitragem³⁰⁷, é considerado como principal critério orientador da aplicação do direito pelos tribunais arbitrais³⁰⁸, assumindo efetivamente o carácter de um dever a respeitar por aqueles³⁰⁹, sob pena de consequências a nível de validade da sentença arbitral internacional. Passemos pois a expor algumas dessas fontes.

No que concerne a legislações nacionais, desde logo cumpre destacar o ordenamento jurídico português, que no art. 52.º (1) da NLAV estabelece que “[as]

³⁰³ Entre outros, cfr. GOODE, Roy, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, in *“Arbitration International”*, volume 7, n.º 1, ano de 2001, pps. 19-40, mais precisamente na pp. 31.

³⁰⁴ Cfr. PÉREZ, Ana Fernández, “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje” in *“Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones”*, volume 6, n.º 3, ano de 2013, pps. 841-860, mais precisamente na pp. 844.

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 854.

³⁰⁶ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 15.

³⁰⁷ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional”, in *“ROA”*, volume n.º 1, ano 63, ano de 2003, pp. 1.

³⁰⁸ Cfr. BEGIC, Taida, *ob.cit.*, pp. 15.

³⁰⁹ Cfr. JANICIJEVIC, Dejan, “Delocalization in International Commercial Arbitration”, in *“Law and Politics”*, volume 3, n.º 1, ano de 2005, pps. 63-71, mais precisamente na pp. 66.

partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros (...)” relativamente ao fundo da causa na arbitragem comercial internacional. Tal revela a expressão máxima da consagração do princípio da autonomia da vontade do DIP em matéria de arbitragem comercial internacional no Estado português, que ganhou uma maior preponderância do que aquela que lhe era garantida pela LAV³¹⁰, algo já desejável entre a doutrina nacional desde a redação daquela lei³¹¹. Em igual sentido apontam, entre outras, a Lei Suíça de Direito Internacional Privado³¹², a legislação francesa³¹³, a legislação espanhola³¹⁴ e ainda o *Zivilprozessordnung* alemão³¹⁵. Todos estes sistemas legais estaduais apontam no sentido de permitir, em sede de arbitragem comercial internacional, a escolha, pelas partes, das normas de direito que desejam ser aplicáveis ao mérito da causa na arbitragem, o que é demonstrativo da generalizada aceitação que tal princípio goza entre vários Estados nesta matéria.

Relativamente a fontes públicas internacionais, e na esteira de quaisquer afirmações legislativas *supra* expostas, refira-se de imediato a Lei-Modelo da UNCITRAL, que no seu art. 28.º (1) prevê que “[the] arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”. Esta redação, embora similar a qualquer uma das previamente expostas, que garante às partes a liberdade de escolherem o direito aplicável ao mérito do litígio, não exclui a possibilidade que caso seja uma determinada lei nacional o alvo da escolha³¹⁶, não consagre esta claramente, ou na sua totalidade, tal

³¹⁰ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária”, in “*Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*”, Almedina, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 5, ano de 2012, pps. 37-50, mais precisamente nas pps. 44-45.

³¹¹ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in Voluntary Arbitrations in Portugal”, in “*The International and Comparative Law Quarterly*”, volume n.º 44, ano de 1995, pps. 179-191, mais precisamente na pp. 188.

³¹² Vide o art. 187.º (1) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, que estatui que “[the] arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties”.

³¹³ Vide o art. 1511.º do NCPC francês, que estabelece: “[the] arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law chosen by the parties”.

³¹⁴ Vide o art. 34.º (2) da Lei Espanhola de Arbitragem de 2003: “[...] cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”.

³¹⁵ Vide o § 1051.º (1) do *Zivilprozessordnung* de 5 de Dezembro de 2005, que estabelece que “[das] Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind” – ou seja, o tribunal arbitral decide acerca do mérito do litígio de acordo com as normas designadas pelas partes.

³¹⁶ Caso as partes, efetivamente, procedam à escolha de uma lei nacional, o que não constitui a única hipótese, como veremos *infra*, por força da utilização do termo “rules of law”.

princípio de autonomia das partes de modo ilimitado³¹⁷. Também as regras de arbitragem da UNCITRAL estatuem, de igual forma, o princípio da autonomia da vontade das partes³¹⁸. Refiram-se ainda outras fontes públicas internacionais da arbitragem que de igual modo procedem à previsão do princípio nos seus textos, tais como a Convenção Europeia 1961, cujo art. VIII (1) contém a seguinte redação: “[the] parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute”, ou até o Acordo da Mercosur acerca da arbitragem comercial internacional, celebrado em Buenos Aires, a 23 de Julho de 1998, que no seu art. 10.º estabelece que as partes podem selecionar o direito aplicável para solucionar a controvérsia em causa com base no DIP e respetivos princípios, assim como poderão basear a sua escolha no direito do comércio internacional. Refira-se ainda que nada é estabelecido, relativamente a esta matéria, na Convenção de Nova Iorque de 1958.

Por fim, refiram-se alguns regulamentos de centros de arbitragem que consagram a liberdade das partes em proceder à escolha do direito que desejem que regule a substância da causa na arbitragem. Desde logo, realce-se o regulamento de arbitragem da ICC, que garante às partes tal liberdade³¹⁹, assim como os regulamentos de arbitragem do CAM-CCBC³²⁰, da Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid³²¹, entre outros³²².

Comprovada a previsão em tão variadas fontes do instituto da arbitragem comercial internacional, que optaram por “consagrar plenamente o princípio da autonomia da vontade”³²³, resultado de um esforço comum entre vários Estados, no sentido de desenvolverem as relações comerciais internacionais³²⁴, cumpre no presente subcapítulo ainda efetuar um estudo acerca da utilidade que pode ser retirada da consagração daquele, assim como determinadas críticas que lhe possam ser, e efetivamente são, apontadas.

³¹⁷ Cfr. UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest...”, *ob.cit.*, pp. 121.

³¹⁸ Vide o art. 35.º (1) das regras de arbitragem da UNCITRAL.

³¹⁹ Vide o art. 21.º (1) do regulamento de arbitragem da ICC.

³²⁰ Vide o art. 9.4 do regulamento de arbitragem do CAM-CCBC.

³²¹ Vide o art. 21.º (1) do regulamento de arbitragem da Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.

³²² Atente-se, entre outros, no art. 28.º (1) das regras de arbitragem internacional da *American Arbitration Association*, o art. 24.º (1) das regras de arbitragem do *Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, o art. 33.º (1) das regras de arbitragem do *Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration*, o art. 24.º (1) das regras de arbitragem internacional do *Canadian Commercial Arbitration Centre*, o art. 23.º (1) das regras de arbitragem do *German Institution of Arbitration*, entre muitos outros.

³²³ Cfr. PINHEIRO, Luis de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 234.

³²⁴ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 196.

Ora, como afirma DÁRIO MOURA VICENTE, a expressão das partes no sentido de acordar relativamente ao direito aplicável ao mérito do litígio numa arbitragem comercial internacional assume a natureza de uma *electio juris*, já que “constitui o fundamento directo e imediato da competência do ordenamento jurídico designado para reger a relação”³²⁵.

Assumem-se como inegáveis e principais vantagens da consagração do princípio da autonomia da vontade, na opinião do Autor, em sede de arbitragem internacional, as seguintes: assegurar a segurança e certeza relativamente a relações comerciais internacionais³²⁶, evitando de tal modo a aplicação de determinados sistemas de escolha do direito aplicável que possam não assegurar tais princípios indispensáveis³²⁷; tutelar o interesse das partes no sentido de lhes garantir a possibilidade de escolha do normativo para regular a sua relação jurídica e comercial, seja por tal normativo ser aquele que entendem ser o que mais se adequa à relação em causa, seja porque garante o cumprimento de imprescindíveis princípios como o da neutralidade, imparcialidade e paridade de posições característica de relações jurídicas privadas plurilocalizadas; por fim, permitir às partes auxiliar o legislador estadual no sentido de lhe indicar qual o direito que, relativamente à relação em mérito, se considere como tendo uma conexão mais estreita^{328 329}. Assim, as partes saberão exatamente o que esperar uma da outra, assim como do tribunal arbitral, no decorrer do processo³³⁰. No seio da doutrina internacional tem vindo a entender-se que os agentes internacionais, que possam vir a ser partes num processo arbitral internacional, sabem qual o melhor modo de regular a sua atividade específica, assim como os assuntos que digam respeito à sua atividade

³²⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa”, Coimbra Editora, ano de 1990, pp. 109.

³²⁶ Refira-se que caso as partes não pudessem optar, entre outros, pelo direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, apenas após proferida a sentença arbitral ficariam a conhecer qual a lei designada pelo próprio tribunal arbitral para regular a situação. Tal consubstanciaria uma clara desvantagem em sede de internacionalização das relações comerciais, e acabaria por inibir as desejadas práticas comerciais internacionais, consequência natural da constante globalização.

³²⁷ Cfr. GERTZ, Graig M., “The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depeçage”, in “*Northwestern Journal of International Law & Business*”, volume 12, n.º 1, ano de 1991, pps. 163-186, mais precisamente nas pps. 172-173. O Autor entende que o método conflitual poderá por vezes gerar situações não previstas pelas partes *ab initio*.

³²⁸ Repare-se que o legislador não pode ter presentes todos os condicionalismos e inevitabilidades decorrentes de uma infinidade de negócios jurídicos, pelo que se assume tarefa árdua para aquele estabelecer um critério de conexão apropriado para todos os negócios jurídicos – importante papel têm, assim sendo, as partes, que se oferecem para indicar àquele qual o direito que melhor se adequará à regulação da situação específica.

³²⁹ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial...”, *ob.cit.*, pps. 109-110.

³³⁰ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 14.

económica internacional, pelo que terão um melhor conhecimento do balanço que deverá existir entre os interesses em jogo³³¹. Nesse sentido, o princípio da autonomia privada responde à necessidade de se conferir às partes o poder de encontrarem e estabelecerem o direito que melhor se apropriará na resolução de eventuais litígios³³².

MORENO RODRÍGUEZ alerta ainda que, por força do princípio da autonomia da vontade, protegem-se não meramente a vontade das partes, mas também as suas legítimas expectativas³³³, nomeadamente no que concerne na escolha do direito que será aplicável ao mérito do litígio numa arbitragem comercial internacional³³⁴. LIMA PINHEIRO subscreve tal entendimento, inclusivamente no que respeita à escolha, pelos árbitros, do direito aplicável à causa na arbitragem, como *infra* analisaremos, ao afirmar que “a solução a que o tribunal chegue deve, tanto quanto possível, ser previsível e não se mostrar contrária às expectativas justificadas das partes”³³⁵. Dúvidas não restarão acerca das vantagens que se poderão obter “(...) *by negotiating a choice of law provision in transnational contracts* (...)”³³⁶, quando cumulada tal escolha de direito com uma convenção de arbitragem internacional.

Contudo, ao longo dos anos foram apontadas algumas críticas à consagração do princípio da autonomia da vontade. Entre outras, e criticando o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito que regesse o contrato internacional que serve de base à arbitragem, autores defenderam que tamanha liberdade conferida às partes poderia funcionar como meio de aquelas se subtraírem a normas imperativas de uma determinada lei, “(...) com manifesto prejuízo para a tutela dos interesses do tráfico jurídico e de terceiros que estas visam acautelar”³³⁷. Outros autores afirmam ainda que uma vez que a vontade das partes num contrato internacional apenas será válida se

³³¹ Cfr. HEIDEMANN, Maren, “Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice”, Springer, Julho do ano de 2006, pp. 152.

³³² *Idem.*

³³³ Cfr. BELOHLÁVEK, Alexander J., “Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict-of-laws Rules and the Applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and Other EU Law Standards in International Arbitration”, in “*Czech Yearbook of International Law*”, Juris Publishing, volume 1, ano de 2010, pps. 25-46, mais precisamente na pp. 25 – o Autor afirma que “[the] determination of the applicable law may never exceed the limits of the contract entered into by the parties and their expectations and legal certainty”.

³³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 120.

³³⁵ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional”, in “*Estudos de Direito Comercial Internacional*”, coordenação de Luís de Lima Pinheiro, Almedina, volume n.º 1, Abril do ano de 2004, pps. 11-61, mais precisamente na pp. 25.

³³⁶ Cfr. GERTZ, Graig M., *ob.cit.*, pp. 173.

³³⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 105.

existir em virtude de uma determinada norma, ou lei, não fará sentido para os críticos que esta segunda lei apenas encontrasse o seu fundamento de aplicação na mera vontade das partes³³⁸. Na nossa opinião, são de rejeitar por completo tais objeções à consagração de tão importante princípio, que se assume como condição essencial de funcionamento do atual mercado global, no qual a arbitragem comercial internacional encontra o seu espaço de existência.

Refiramos por último que o princípio da autonomia da vontade, no que respeita à escolha do direito aplicável, não pode nunca ter como objetivo evitar que uma determinada norma imperativa seja aplicável à relação que pretendem regular³³⁹ – tal constitui uma fraude à lei³⁴⁰, “uma violação indirecta de uma norma proibitiva”³⁴¹. A fraude à lei consiste, deste modo, na manipulação do elemento de conexão, parte integrante de uma norma de conflitos, cumulada com a dolosa vontade de afastar uma determinada norma imperativa normalmente aplicável a uma determinada situação³⁴². A consequência que decorrerá de uma fraude à lei é a de que se regressasse ao estado da situação caso não tivesse existido a tentativa de ilidir uma norma material imperativamente aplicável à situação, tornando ineficaz a situação que os que tentaram ludibriar a lei pretenderam criar³⁴³. Concretizando no sentido da dissertação, a consequência será a da não admissibilidade e consequente invalidade da escolha efetuada pelas partes na arbitragem comercial internacional³⁴⁴, já que apenas pretenderam evitar a aplicação de uma determinada disposição normativa que, ao caso, se consideraria aplicável, e com carácter imperativo.

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 418.

³⁴⁰ A figura foi pela primeira vez tratada nos tribunais franceses, no famoso caso “*Bibesco*”, em que a princesa *Bauffremont*, francesa, casada, a fim de se divorciar, algo não possível no séc. XIX em França, se naturalizou num Estado alemão, onde o divórcio era admitido, e aí, por força da sua nova nacionalidade, se divorciou e voltou a casar – os tribunais franceses reagiram e declararam nulo o divórcio e o segundo casamento, por fraude à lei – *vide* PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 498.

³⁴¹ *Idem.*

³⁴² *Ibidem*, pps. 499-501.

³⁴³ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 425.

³⁴⁴ Cfr. BLESSING, Marc, “Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives”, coleção “*Swiss Commercial Law Series*”, Helbing & Lichtenhahn, volume 10, ano de 1999, pp. 209.

2. – A conexão entre o direito escolhido e a relação jurídica

Cumpra desde já referir que existia, entre a doutrina majoritária, a crença de que o principal requisito a que deveria obedecer a *electio juris* seria a necessidade de existência de uma conexão objetiva entre o específico direito escolhido pelas partes e a relação jurídica privada plurilocalizada que carecia de regulação³⁴⁵. Contudo, em sede de arbitragem comercial internacional, e visando as partes não raras vezes a seleção de um direito que se apresente enquanto neutro e imparcial, como veremos *infra*, poderá suceder que seja, de facto, seu desejo, a existência de uma conexão que se afigure apenas enquanto remota entre o direito que escolhem e a relação jurídica que deu aso ao litígio arbitral³⁴⁶. Poderá inclusivamente ser o desejo das partes que não exista qualquer conexão entre ambos, a fim de garantir a paridade e igualdade de posições no decurso do processo arbitral. No entanto, a tal teoria sempre foram apontadas críticas, existindo a crença, entre alguma doutrina, já nos anos 60, de que “[the] law chosen by the parties may be that of the system of either of the parties or that of another state having no connection with them”³⁴⁷. Nesse sentido, FERRER CORREIA chegou inclusivamente a afirmar que de modo a que seja garantida uma real igualdade entre as partes na arbitragem comercial internacional, deverá de facto não existir qualquer conexão espacial entre a arbitragem e um determinado direito de um Estado conexas com alguma das partes, apresentando-se tal solução, efetivamente, como a conexão mais apropriada e adequada que deverá existir³⁴⁸.

Por esta e outras razões, o requisito da conexão objetiva deixou de se afigurar enquanto imprescindível em matéria de arbitragem comercial internacional, não gozando atualmente, entre os mais desenvolvidos Estados em matéria de arbitragem, de consagração legal em nenhuma das respetivas legislações³⁴⁹, nem nos regulamentos de arbitragem dos principais centros institucionalizados mundialmente. A rejeição de tal requisito é defendida entre a jurisprudência arbitral pioneira da ICC, onde foi

³⁴⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 122.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 123.

³⁴⁷ Cfr. WILNER, Gabriel M., “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study”, in “*Rutgers Law Review*”, volume 19, ano de 1965, pps. 646-691, mais precisamente na pp. 669.

³⁴⁸ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in “*Temas de Direito Comercial e Direito Internacional*”, Almedina, ano de 1989, pps. 231-252, mais precisamente na pp. 237.

³⁴⁹ Atente-se, entre outros, na NLAV, no CPC francês, no art. 46.º do *English Arbitration Act* de 1996, assim como nos regulamentos de arbitragem da ICC, do LCIA ou do CAC-CCIP, em que não existe qualquer consagração da exigência de existência de uma conexão objetiva entre o direito escolhido pelas partes e a situação jurídica de onde emerge o litígio a regular.

expressamente referido que às partes será permitida a escolha de lei que regule o contrato em causa na arbitragem, “(...) *even if not obviously related with it [the contract]*”³⁵⁰.

3. – Consentimento na escolha do normativo aplicável

A expressão da vontade das partes relativamente à escolha do direito a ser aplicável quanto à substância da arbitragem comercial internacional pode ser expressa ou tácita. Enquanto a designação expressa do direito aplicável não levanta questões de controvérsia acrescida, já que será incluída na própria convenção de arbitragem, com a escolha tácita do direito, pelas partes, podemos deparar-nos com algumas situações que carecem de explicação. De facto, em regra as partes designam o direito que consideram ser de aplicar ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional³⁵¹, devendo ser este o principal critério identificativo da escolha do direito aplicável³⁵², expressão clara da autonomia da vontade.

Afirmam REDFERN e HUNTER, na senda da interpretação conferida ao art. 3.º (1) da Convenção de Roma de 1980³⁵³, que devem as partes, sempre que possível, expressar a sua vontade de maneira evidente, sob pena de ser entendido que não poderá o tribunal arbitral presumir que aquelas desejavam que fosse aplicável um determinado direito, por força da não demonstração de uma intenção clara de realização dessa mesma escolha³⁵⁴. O artigo 217.º (1) do CCiv estabelece, entre nós, o princípio da liberdade declarativa: “[a] declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. Somos a crer que tal princípio confere às partes a possibilidade de, em sede de arbitragens comerciais internacionais, escolherem tacitamente, e de forma eficaz, o direito que se

³⁵⁰ Cfr. BELOHLÁVEK, Alexander J., *ob.cit.*, pp. 30, em que o Autor cita parte da sentença arbitral n.º 4145 do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC.

³⁵¹ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 116.

³⁵² Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 418.

³⁵³ O art. 3.º (1) da Convenção de Roma de 1980 dispõe o seguinte: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas Partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa [...]”.

³⁵⁴ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 231.

deva considerar enquanto aplicável ao fundo da causa³⁵⁵. Desse modo, quando não tenha existido uma escolha expressa pelas partes, caberá aos árbitros internacionais investigar e descobrir qual o direito que aquelas, presumivelmente, quereriam que fosse aplicável à causa³⁵⁶. A própria Lei-Modelo da UNCITRAL, no seu art. 28.º (1), estabelece uma diretriz no sentido de atentarem em eventuais indicações indiretas das partes no que concerne ao direito que tacitamente possam ter escolhido para ser aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional³⁵⁷.

Caberá pois analisar quais os indícios que podem levar os árbitros internacionais a entender que as partes realizaram uma escolha tácita de determinado direito. Pese embora consideremos que escolha do lugar da arbitragem não é um indício esclarecedor acerca da intenção das partes de aplicar o direito desse mesmo Estado^{358 359}, já que LIMA PINHEIRO alerta que por força de o tribunal arbitral não ter uma *lex fori*, aquela lei não terá a relevância que teria caso estivéssemos perante um tribunal estadual, em que necessariamente existe uma forte ligação com a *lex fori*³⁶⁰, afirmando portanto que “(...) não há razão nenhuma para as partes contarem com a aplicação do Direito do lugar da arbitragem ao mérito da causa (...)”^{361 362}, os tribunais ingleses desde há muito vêm a entender que caso o lugar da arbitragem seja em Inglaterra, tal forçosamente quererá dizer que as partes desejaram que o direito aplicável à causa fosse o direito

³⁵⁵ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, “Lei da Arbitragem Voluntária Comentada”, coordenação de Mário Esteves de Oliveira, Almedina, Março do ano de 2014, pp. 634.

³⁵⁶ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 231.

³⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 125. EMMANUEL GAILLARD e PIERRE LALIVE entendem que gozam os árbitros internacionais de grande liberdade na verificação da existência, ou não, de um consentimento tácito do direito aplicável realizado pelas partes – cfr. GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, *ob.cit.*, pp. 945.

³⁵⁸ Já que a escolha do local da arbitragem é realizado, maioritariamente, por razões geográficas, de conveniência, de neutralidade, entre outras.

³⁵⁹ Ressalvem-se, entre outros, determinados setores comerciais que se considerem como caraterísticos de uma determinada localidade, ou a que tradicionalmente seja aplicável uma determinada lei – entre outros, pensemos nos litígios emergentes de contratos de transporte marítimo, em regra administrados sob a égide do LMAA – Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 236.

³⁶⁰ *Idem.*

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² Cfr. PEREIRA, José Nunes, “Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional”, in “*Revista de Direito e Economia*”, ano de 1986, pps. 241-272, mais precisamente na pp. 247. Diga-se, muito por força dos interesses específicos da arbitragem comercial internacional conjugados com a vontade das partes de se libertarem da vinculação ao sistema conflitual de um determinado Estado.

inglês³⁶³. Referem contudo, e corretamente na nossa opinião, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN que tal teoria se encontra hoje em dia praticamente sem utilização³⁶⁴, citando inclusivamente uma decisão resultante de uma arbitragem da ICC em que é afirmado: “[t]he choice of London as the place of arbitration and English as the language of the contract does not, in itself, indicate an intention of the parties that English law should govern the validity of the agreement to arbitrate”³⁶⁵. De facto, no que respeita à escolha do local da arbitragem comercial internacional, este será escolhido pelas partes, por via de regra, tendo em conta considerações de proximidade entre os árbitros, as partes e as testemunhas, um regime legal adequado relativo à arbitragem que se aplique em fases ulteriores do processo, entre outros³⁶⁶. Deste modo, a lei do lugar da arbitragem desempenhará um importante papel de elemento de conexão entre inúmeros fatores como os *supra* referidos e a própria arbitragem³⁶⁷, não relevando contudo enquanto indício relativo à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio.

Por outro lado, RUBINO-SAMMARTANO fala em eventuais referências a elementos de legislações nacionais como indício que poderá levar os árbitros a considerar uma escolha tácita realizada pelas partes. Entre outros, refiram-se a referência a uma determinada moeda específica de um país, a linguagem utilizada no decurso do processo arbitral, a referência a disposições legais ou estatutárias características de um determinado sistema legal de um Estado, e inclusivamente ao local onde o contrato foi celebrado, alertando desde logo para o cuidado com que devem ser tratadas tais referências, que poderão gerar acrescida ambiguidade e incerteza³⁶⁸. Entre outros indícios refiram-se ainda o direito que as partes aplicaram no decurso da negociação do contrato, ou mesmo a remissão para contratos prévios celebrados entre as mesmas partes que considerem aplicável, ao mérito do litígio, um determinado

³⁶³ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 788. Os Autores dão como exemplo o Ac. do *English Court of Appeal*, de 1968, acerca do litígio que opôs a *Tzortzis and Another vs. Monark Line A/B*, enquanto expoente máximo de tal prática inglesa.

³⁶⁴ No mesmo sentido DIMITRIOS ATHANASAKIS afirma que “[in] *arbitral practice a choice of an arbitral forum is rarely equated with a choice of law*” – cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pps. 11-12.

³⁶⁵ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 789. A sentença arbitral reporta-se ao caso n.º 5717, de 1988, do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC, cujo lugar da arbitragem era, precisamente, Londres.

³⁶⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 22.

³⁶⁷ Cfr. DE LY, Filip, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, in “*Northwestern Journal of International Law & Business*”, volume 12, n.º 1, ano de 1991, pps. 48-85, mais precisamente na pp. 79.

³⁶⁸ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 422.

direito³⁶⁹. Já MORENO RODRÍGUEZ expõe um curioso caso relativamente à busca de indícios que possam levar os árbitros a percecionar uma eventual escolha tácita das partes. Refere que poderá ser considerada uma escolha tácita do direito aplicável o facto de ambas as partes apresentarem a sua defesa, nos seus articulados iniciais no decurso do processo arbitral, à luz do mesmo sistema legal³⁷⁰, o que efetivamente tem vindo a suceder de forma mais recorrente nos dias de hoje³⁷¹.

LIMA PINHEIRO defende que não poderá ser considerada, para efeitos de escolha tácita do direito aplicável, a remissão para um determinado centro de arbitragem institucionalizada com caráter iminentemente internacional enquanto remissão para a lei do Estado onde se situa a sede desse mesmo centro³⁷². CORDERO-MOSS acrescenta que não se poderá considerar suficiente indício o facto de se entender que, caso as partes conhecessem e considerassem uma determinada questão, teriam efetivamente efetuado uma escolha do direito aplicável nesse mesmo sentido³⁷³.

DÁRIO MOURA VICENTE acrescenta outros fatores que poderão ser considerados enquanto indícios: eventuais alusões no contrato a certas disposições de um ordenamento jurídico, o facto de as partes acordarem no sentido de considerar uma determinada lei aplicável ao fundo da causa já no decurso do processo arbitral internacional, ou até a celebração de cláusula compromissória que remeta a sede da arbitragem para um concreto local determinado³⁷⁴ - a este último indício dá-se o nome de presunção “*qui eligit iudicem eligit ius*”. Refere contudo, relativamente a este último indício, que tal cláusula só servirá o propósito de indício da escolha tácita caso “as partes convencionem a sujeição dos litígios emergentes dos respectivos contratos a tribunais arbitrais permanentes que apliquem sistematicamente o direito material local”³⁷⁵, um pouco à semelhança do afirmado por LIMA PINHEIRO.

Em jeito de conclusão, somos a acreditar que “(...) *la elección tácita debería seguir [...] de manera evidente o notória (...)*” e “(...) *resultar de manera clara y no*

³⁶⁹ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pps. 634-635.

³⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 126.

³⁷¹ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 10.

³⁷² Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 236.

³⁷³ Cfr. CORDERO-MOSS, Giuditta, “Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?”, in “*Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*”, edição de Giuditta Cordero-Moss, Cambridge University Press, Cambridge, ano de 2011, pps. 37-61, mais precisamente na pp. 39.

³⁷⁴ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 117.

³⁷⁵ *Ibidem*, pp. 118.

*ambigua de los términos del contrato o de las circunstancias (...)*³⁷⁶, isto quando as partes não declarem expressamente qual o direito que pretendam ver ser aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, o que claramente é preferível. Fica portanto a ideia de que a análise acerca da viabilidade dos indícios deverá ser efetuada de modo casuístico, tendo em conta as características próprias de cada arbitragem.

4. – O momento da escolha do direito aplicável pelas partes

Importará ainda deixar uma breve nota acerca do momento em que as partes devem selecionar o direito aplicável ao mérito do litígio, em sede de arbitragem comercial internacional.

Segundo o entendimento inicialmente prevalecente, a possibilidade decorrente do princípio da autonomia privada, na sua vertente de permitir às partes a escolha do direito aplicável, deveria ser utilizada no momento da celebração do contrato no qual se insere a convenção de arbitragem. No entanto, hoje em dia estender-se-á tal possibilidade após a data do surgimento do litígio que oponha as partes num processo arbitral³⁷⁷, situação que se encontra perfeitamente enraizada na doutrina internacional³⁷⁸. Segundo REDFERN e HUNTER, é compreensível que as partes, aquando da redação de um contrato, nele estabeleçam o direito que queiram ver regular qualquer disputa que por força da sua interpretação ou execução surja³⁷⁹. No entanto, aquando do surgimento de um litígio entre as partes, afigurar-se-á mais complicado saber se poderão as partes, ou não, determinar ou alterar o direito aplicável ao mérito do litígio³⁸⁰. Caso não exista escolha prévia do direito, somos a opinar no sentido de não causar grande estranheza que as partes procedam então à eleição do direito aplicável ao mérito do litígio. Contudo, caso estejamos perante uma reversão de um eventual acordo prévio estabelecido entre as partes – o que se afigura possível por força, entre outros, do

³⁷⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, J. A. Moreno, *ob.cit.*, pp. 126.

³⁷⁷ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 197.

³⁷⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 790.

³⁷⁹ Tal é, aliás, o que sucede por via de regra em sede de arbitragens comerciais internacionais – cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pp. 635.

³⁸⁰ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 197.

art. 3.º da Convenção de Roma³⁸¹, expressão máxima do princípio da autonomia da vontade em termos de possibilitar aos contraentes a alteração dos termos de um contrato, desde que de tal modificação não resultem ofensas para eventuais terceiros, nomeadamente no que aos seus direitos à luz do primeiro direito escolhido pelas partes concerne³⁸² - pensamos ser de sujeitar à apreciação do tribunal arbitral essa mesma alteração. O entendimento por nós defendido encontra já consagração doutrinal, assim como legal, na medida em que tal modificação apenas produzirá efeitos caso exista a aceitação, pelos árbitros que constituem o tribunal arbitral internacional, de tal alteração³⁸³, à luz do art. 4.º NLAV *ex vi* art. 49.º (2) do mesmo diploma, entre outros.

O próprio facto de ser permitido às partes a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio em momento prévio ou posterior à data do surgimento do litígio arbitral vai de encontro, entre outros, aos “interesses que relevam na arbitragem internacional”, assim como é considerado um mecanismo consensual “com os próprios fundamentos do princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado e com o princípio da liberdade contratual”, tal como afirmava, há já mais de 20 anos, DÁRIO MOURA VICENTE³⁸⁴, quando a LAV nada apontava em tal sentido³⁸⁵.

Refira-se que determinados centros de arbitragem, como a ICC, prevêm a preparação daquilo a que denominam “*terms of reference*”³⁸⁶: um documento elaborado pelos árbitros internacionais, ouvida a opinião das partes, relativamente a questões que se afigurem enquanto úteis no desenvolvimento do processo arbitral. Quando tal opção exista, somos a considerar válida e tempestiva a escolha do direito aplicável levada a cabo pelas partes aposta naquele documento, escolha essa de respeito obrigatório para os árbitros na decisão a proferir findo o processo³⁸⁷.

³⁸¹ O art. 3.º (2) da Convenção de Roma de 1980, assim como o art. 3.º (2) do Regulamento Roma I, prevêm a possibilidade de as partes alterarem a lei aplicável a um contrato em momento posterior à sua celebração.

³⁸² Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pps. 120-121.

³⁸³ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pp. 636.

³⁸⁴ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 120.

³⁸⁵ Repare-se que a LAV não previa tal admissibilidade em termos similares ao que sucede na NLAV.

³⁸⁶ Vide o art. 23.º do regulamento de arbitragem da ICC.

³⁸⁷ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 10.

5. – Hipóteses ao dispor das partes

5.1 – Leis nacionais

Como sabemos, por força do exercício da sua autonomia privada, encontramos à disposição das partes inúmeras hipóteses para que aquelas escolham o direito que entendem ser mais adequado à resolução do litígio arbitral. É opinião consensual que a escolha do direito aplicável à substância da causa evitará adicionais e complexos litígios futuros entre as partes, pelo que aquelas devem, de facto, efetivar a sua escolha³⁸⁸. Nesse sentido, não raras vezes sucede que as partes escolham uma lei nacional de modo a regular a causa na arbitragem, porquanto um sistema legal nacional “(...) *provides a known (or at least, determinable) legal standard, against which the rights and responsibilities of the parties can be measured*”³⁸⁹. Assim, as partes optam por um caminho mais certo e seguro, menos arriscado, que leva a uma decisão que, em regra, pode ser por elas esperada à partida³⁹⁰. De facto, até os autores que mais acerrimamente defendem que a escolha das partes deve recair sobre normas internacionais têm vindo a reconhecer que os árbitros internacionais devem ter em conta as diretrizes estaduais – relativas à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio³⁹¹ - que apresentem uma especial conexão com a arbitragem. Apesar da imensidão de possibilidades de escolha, as partes na arbitragem comercial internacional tendem a adotar a escolha de determinadas leis segundo critérios que se lhes afigurem enquanto úteis, quando procedem a essa mesma escolha. Critérios como os do desenvolvimento, estabilidade, clarividência e adequação do direito comercial de um determinado sistema legal assumem-se como imprescindíveis na escolha do direito aplicável na arbitragem comercial internacional³⁹². Daí que optem, em regra, por seguir um dos caminhos que *infra* expomos.

Iniciaremos por afirmar que maioritariamente o desejo das partes no sentido da escolha de uma lei nacional aplicável ao mérito do litígio na arbitragem vai de encontro à escolha da lei que seja, efetivamente, a sua lei pessoal. Tal escolha encontra fundamento na necessidade que as partes têm em sentir-se familiarizadas com a lei

³⁸⁸ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 209.

³⁸⁹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, , *ob.cit.*, pp. 199.

³⁹⁰ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 24.

³⁹¹ Cfr. PINHEIRO, Luis de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 17.

³⁹² Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 251.

nacional que pretendem ver regular a causa na arbitragem. Um dos seus requisitos, comum a qualquer escolha de direito aplicável, é que deverá ser uma escolha que não deixe qualquer margem para dúvida, já que se tal não for o caso, será sujeita a uma avaliação casuística pelos árbitros no sentido de ser interpretada a vontade das partes³⁹³. Contudo, e apesar de esta ser a escolha preferencial das partes na arbitragem, tal em regra não é aceite pela contra-parte, pelo que apenas poderá ser “imposta” por via de uma das partes ter uma posição contratual mais forte que a outra. Quando tal não suceda, a escolha da lei pessoal de uma das partes é rejeitada, tendo aquelas que acordar em diferente sentido³⁹⁴.

Em resposta à não-aceitação generalizada, por uma das partes, da escolha da lei pessoal da outra, uma das hipóteses maioritariamente utilizada pelas partes é a escolha de uma lei neutra, tal como temos vindo a afirmar. Tal afigura-se possível porquanto deixou de ser exigível a existência de uma real conexão objetiva entre a lei escolhida e o conteúdo do contrato³⁹⁵, hoje em dia não constituindo a falta da referida conexão uma ilititude, como sucedia em regra nas mais diversas legislações relativas à arbitragem internacional em tempos distantes³⁹⁶. Assim, é prática arbitral internacional recorrente a escolha de uma lei que se apresente enquanto neutra, “(...) uma qualquer legislação nacional, esteja ela ou não em contacto com as partes ou com o litígio”³⁹⁷ – diga-se, sem qualquer conexão ou com o contrato que deu origem à arbitragem, ou com as partes naquela³⁹⁸. A escolha de uma lei estadual neutra, pelas partes, poderá ficar a dever-se a um de dois tipos possíveis de considerações. Por um lado, podem as partes escolher uma determinada lei neutra com a finalidade de aquela, efetivamente, se melhor adequar a regular a situação em causa no processo arbitral³⁹⁹, ou inclusivamente por aquela lei

³⁹³ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 419.

³⁹⁴ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 69.

³⁹⁵ Tal como referimos *supra*.

³⁹⁶ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 419. O Autor afirma que a conexão “exigida” agora passa pela existência do interesse das partes em aceitar essa mesma lei enquanto aplicável à substância do litígio arbitral.

³⁹⁷ Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura, e SORARES, Maria Ângela Bento, “Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais e Arbitragem”, Coimbra, Almedina, ano de 1986, pps. 401-402.

³⁹⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 793. Pretendem as partes, neste caso, assegurar a paridade entre ambas, com o objetivo de assegurar que se encontram em igual situação perante a lei que irá ser aplicável à causa da arbitragem.

³⁹⁹ *Idem*. REDFERN e HUNTER dão o exemplo das arbitragens internacionais relativamente a litígios relacionados com a área do direito dos seguros, às quais em regra é decidido pelas partes que seja aplicável a lei inglesa já que se assume esta enquanto moderna e adequada aos moldes atuais do comércio internacional – cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 200.

conter elementos próximos aos do sistema legal de uma das partes⁴⁰⁰ - estas denominaremos por considerações legais. Por outro lado, e o que tende a suceder maioritariamente, refiram-se as considerações “políticas” entre as partes, que imporão a escolha de uma lei com a qual nenhuma das partes esteja particularmente familiarizada, e que não seja a lei do Estado onde, entre outros casos, alguma das partes tenha a sua sede. Pretende-se assim, de forma evidente, garantir uma estrita igualdade entre as partes na arbitragem⁴⁰¹, o que tende a suceder, especialmente, em sede de arbitragens internacionais⁴⁰². Sucede porém que na prática, e na tentativa de obtenção de benefício próprio, as partes, na procura de uma lei neutra, muitas vezes encapuçam as suas verdadeiras intenções – pense-se no caso de escolha de uma lei nacional que não a da sede de nenhuma das partes, mas de um Estado em que qualquer uma delas desenvolva maioritariamente a sua atividade no âmbito do comércio internacional⁴⁰³. Ora, adotem as partes uma ou outra posição, claramente a escolha de uma lei estadual envolverá um estudo prévio de direito comparado a realizar por aquelas, no sentido de se garantir uma escolha racional, e que vá de encontro às suas expectativas⁴⁰⁴.

JOSÉ NUNES PEREIRA afirma que para aqueles que entendam a arbitragem enquanto instituto jurisdicional, poderão as partes escolher ser aplicável ao mérito do litígio o DIP do Estado da sede do tribunal arbitral, de modo a ser encontrada a lei nacional aplicável⁴⁰⁵. Contudo, esta teoria caiu já em desuso, porquanto o entendimento generalizado nos dias de hoje vai no sentido de assumir que o tribunal arbitral internacional não se encontra vinculado ao DIP do Estado no qual tem a sua sede, como o estarão, por exemplo, os tribunais estaduais⁴⁰⁶. Somos claramente a desaconselhar a utilização de tal teoria, porquanto não respeita as especificidades próprias do instituto da arbitragem comercial internacional⁴⁰⁷, nem a sua natureza. Igualmente, uma escolha direcionada nesse sentido não se adequa à atual prática arbitral, suportada quer por uma

⁴⁰⁰ Numa clara tentativa de obtenção de uma vantagem que permita à parte que “impôs” essa mesma lei de estar mais familiarizada com os normativos a aplicar ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional.

⁴⁰¹ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pp. 639.

⁴⁰² Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 124.

⁴⁰³ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 71.

⁴⁰⁴ Relativamente a esta matéria, cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Use of Comparative Law in International Commercial Arbitration”, in “*Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation*”, ICCA Congress Series n.º 4, Kluwer Law and Taxation, ano de 1988, pps. 283-289 e WILNER, Gabriel M., “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study”, *ob.cit.*

⁴⁰⁵ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 245.

⁴⁰⁶ Cfr. PINHEIRO, Luis de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pps. 17-18.

⁴⁰⁷ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 246.

doutrina e jurisprudência fixadas no objetivo de afastar este tipo de escolhas a serem levadas a cabo pelas partes.

Poderão ainda as partes, numa clara tentativa de ajustar a escolha do direito aplicável às suas verdadeiras necessidades e expectativas⁴⁰⁸, escolher uma determinada lei nacional estabilizada, diga-se, cujos preceitos se congelam no tempo de modo a que seja o sistema legal, tal e qual como se encontra à data da escolha da lei, que seja aplicável ao mérito do litígio na arbitragem⁴⁰⁹. Tal, em princípio, será admissível à luz do princípio da autonomia da vontade, desde que não atente contra disposições imperativas ou contra o conteúdo da ordem pública internacional do Estado cuja lei foi selecionada⁴¹⁰. Através da escolha em análise, as partes procuram proteger-se de eventuais alterações legislativas relativamente ao conteúdo da lei escolhida, aumentando assim o grau de segurança e certeza jurídicas inerentes ao exercício da sua normal atividade no seio do comércio internacional⁴¹¹. Garantir-se-á simultaneamente uma relação jurídica equilibrada entre ambas no decurso da execução de um contrato, inclusivamente na resolução de um litígio que da sua interpretação ou execução resulte⁴¹². No entanto, nem sempre as partes prevêm tal situação de eventual modificação da legislação aplicável à causa da arbitragem, por vezes difícil de prever⁴¹³, pelo que novamente se alerta para a necessidade de que as partes devem, ao redigir uma convenção de arbitragem internacional, ter em atenção todos os pormenores que poderão influenciar o decurso da arbitragem, de acordo com as suas expectativas. As cláusulas de escolha de uma lei estabilizada numa determinada data têm sido aceites enquanto válidas no âmbito da arbitragem do comércio internacional⁴¹⁴. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN afirmam no entanto que relativamente a tal matéria existe pouca jurisprudência, na medida em que não está na disponibilidade dos tribunais estaduais rever a escolha de lei efetuada pelas partes numa arbitragem comercial internacional, em sede de anulação ou impugnação da sentença arbitral internacional⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ Cfr. AUDIT, Bernard, “Choice of the Applicable Law by the Parties”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 10-21, mais precisamente na pp. 17.

⁴⁰⁹ Cfr. FOUCHARD, Philippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 795.

⁴¹⁰ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 71.

⁴¹¹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 255.

⁴¹² Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 204.

⁴¹³ *Ibidem*, pp. 201.

⁴¹⁴ Cfr. BORN, Gary B., “International Commercial...”, *ob.cit.*, pps. 2224-2246.

⁴¹⁵ Ficando portanto reservada aos tribunais arbitrais internacionais a análise acerca da validade de tais cláusulas. Ora, por força do princípio da confidencialidade, uma das características mais marcantes do instituto da arbitragem, nem todas as decisões que tratem

Contudo, referem um caso de uma arbitragem da ICC em que, efetivamente, e na fundamentação da decisão, foi considerado pelos árbitros o conteúdo da lei nacional escolhida à data da realização da escolha, ainda que em tal momento fosse de aplicar, segundo a legislação em vigor, um conjunto de normas transitórias⁴¹⁶.

MORENO RODRÍGUEZ alerta ainda para a possibilidade de realização, pelas partes, de uma escolha negativa. Tal implicará que as partes, ao invés de escolherem um determinado direito para aplicar ao mérito do litígio numa arbitragem comercial internacional, antes procedem a uma exclusão de um ou vários sistemas jurídicos⁴¹⁷. Relativamente à celebração de uma cláusula de escolha negativa de direito, não encontramos qualquer lei ou regulamento que nos ajude a esclarecer acerca da sua validade, assim como a admissibilidade da escolha desta opção subjacente. No entanto, veja-se a sentença arbitral n.º 15089 (2008) do tribunal de arbitragem internacional da ICC⁴¹⁸, em que foi considerada existente e válida uma escolha negativa de direito aplicável, ainda que após a exclusão dos dois ordenamentos jurídicos escolhidos pelas partes não tenha sido encontrado, pelo tribunal arbitral, um elemento de conexão forte o suficiente que conduzisse à aplicação de uma lei nacional, tendo assim sido aplicados os princípios UNIDROIT ao mérito do litígio⁴¹⁹.

Existe ainda doutrina que entende válida a escolha de uma determinada lei que garanta a invalidade, total ou parcial, do contrato que deu origem à arbitragem. Ainda que se afigure enquanto contraditório⁴²⁰, a admissibilidade de tal escolha é defendida por alguma doutrina, entre a qual se encontram FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, já que os Autores franceses referem que deve dar-se primazia à vontade nas partes, ainda que nestes termos, permitindo-lhes escolherem uma determinada lei nacional que entendem gerar a invalidade do contrato, ou de parte dele⁴²¹. Ora, se segundo as partes esta se apresenta como a forma mais eficaz de pôr termo às

tal matéria chegam a ser conhecidas, sendo a exceção a tal caso a publicação de sentenças arbitrais, entre poucos outros centros, da ICC.

⁴¹⁶ Os Autores referem-se à sentença arbitral n.º 3093/1979 do Tribunal Internacional de Arbitragem da ICC, acerca do litígio que opôs a *Primary Coal vs. Compania Valenciana*.

⁴¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 136.

⁴¹⁸ Cujo resumo pode ser analisado através do endereço <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1440>, consultado em 30/01/2015.

⁴¹⁹ Acerca da admissibilidade e validade de tal escolha iremos *infra* dar resposta a tais questões.

⁴²⁰ Tal poderá afigurar-se de difícil entendimento já que não fará sentido que as partes escolham uma lei que gere a invalidade do contrato celebrado, na medida em que se estão a contradizer, visto terem celebrado um contrato que, a determinada altura, desejavam ser inválido.

⁴²¹ Cfr. FOUCHARD, Philippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 797.

dificuldades existentes na manutenção da relação comercial entre ambas, tal deverá ser aceite pelos tribunais arbitrais⁴²². Decorre desta opção que assumem elevada importância as normas de aplicação imperativa de uma determinada lei nacional, na medida em que se podem sobrepor aos termos contratuais acordados entre as partes, invalidando-os, gerando a sua nulidade. O que não poderá suceder, é certo, é precisamente o oposto, que passará pela aceitação de que os termos contratuais se sobreponham a uma qualquer lei nacional imperativa, criando uma categoria de contratos sem lei que o governem⁴²³.

Por vezes as partes não se limitam a escolher apenas uma lei nacional que regule o contrato e que, por conseguinte, seja aplicável ao mérito do litígio na arbitragem, antes optando por uma variedade de leis que regulem diferentes matérias, o que é possível à luz do princípio da autonomia da vontade em sede de DIP. Tal fenómeno designa-se por *depeçage*. Trata-se, numa metáfora conhecida a nível da doutrina, de montar uma bicicleta com peças de modelos diferentes⁴²⁴. Tais cláusulas de escolha de múltiplas leis nacionais, as denominadas *splitting clauses*, não levantam problemas relativamente à sua validade, já que são permitidas na maioria dos sistemas legais estaduais⁴²⁵, assim como em instrumentos de cariz internacional, tal como a Convenção de Roma⁴²⁶, o Regulamento Roma I⁴²⁷ e ainda o *Second Restatement of Conflict of Laws* norte-americano⁴²⁸. A figura do *depeçage* pode surgir de dois diferentes tipos de fracionamento de escolha de leis aplicáveis: quando as partes entendem que deve ser uma determinada lei a regular o contrato e a ser aplicável ao mérito do litígio na arbitragem, referindo igualmente que devem ser respeitadas as provisões legais imperativas de um outro Estado⁴²⁹; ou quando as partes entendem que devem ser diferentes direitos a serem aplicados aos vários problemas englobados na causa da arbitragem – pense-se, um direito que regule a validade formal do contrato, ou a

⁴²² *Idem*.

⁴²³ *Ibidem*, pps. 799-801.

⁴²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 128.

⁴²⁵ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 253.

⁴²⁶ *Vide* o art. 3.º (1) da Convenção de Roma de 1980.

⁴²⁷ *Vide* o art. 3.º (1) do Regulamento Roma I.

⁴²⁸ *Vide* o § 187 do *Second Restatement of Conflict of Laws* norte-americano.

⁴²⁹ Por exemplo, a ordem pública internacional de um Estado será sempre composta por provisões que constituem um limite à autonomia das partes, pelo que também o serão a nível da figura do *depeçage* contratual – tal garantirá que com a utilização desta figura não se coloque uma das partes, na relação jurídica contratual, em situação de vantagem quando comparada com a outra.

capacidade para o celebrar, e um outro direito que regule a substância do mesmo⁴³⁰. Tal afigurar-se-á enquanto útil, em determinadas situações, pois permitirá às partes, familiarizadas com a relação comercial que as liga e com os preceitos do comércio internacional, adequar quais as provisões que desejam ver regular cada uma das partes do contrato⁴³¹, em sentido mais favorável à manutenção daquela relação, de modo a retirar maiores proveitos no decurso da execução do contrato, muitas vezes criando um sistema “neutro” que o regule⁴³². No entanto, a utilização do presente instrumento poderá acarretar desvantagens, nomeadamente a que resulta da difícil análise a realizar, quando tal se afigure necessário, quanto aos limites de aplicação de cada sistema legal escolhido pelas partes, o que se afigurará deveras problemático na maioria dos casos⁴³³. Ora, esta é uma das principais críticas apontadas por parte da doutrina à utilização do *depeçage*: entende-se que os riscos que derivam da adoção da figura em mérito são superiores às vantagens decorrentes da sua utilização⁴³⁴. Assim, não quer dizer que apenas por ser válido se deve entender o *depeçage* apropriado em todos os casos, pois que poderá gerar inconsistências e desequilíbrios ao nível da justaposição entre os direitos escolhidos⁴³⁵. Existiram inclusivamente decisões arbitrais em que, aplicada a figura da *depeçage*, sentiram-se os árbitros internacionais na necessidade de tratar uma das leis escolhidas enquanto principal, utilizando as restantes como subsidiárias daquela, numa tentativa de garantir um correto modo de funcionamento e “encaixe” entre os diversos direitos escolhidos pelas partes⁴³⁶.

Finalmente, cumprirá no presente subcapítulo apontar uma última opção ao dispor das partes, que se não deverá confundir com a analisada no parágrafo imediatamente anterior. As partes poderão recorrer àquilo que a doutrina denomina por *trunc commun*⁴³⁷. Tal acontecerá quando as partes determinem que os preceitos comuns

⁴³⁰ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 72. A Autora alerta ainda que o *depeçage* não será apenas passível de ser aplicado quando estejam em questão leis nacionais, pelo que poderá existir *depeçage* quando as partes escolham determinadas normas substantivas de modo a regular uma parte do contrato – pensem-se nos princípios UNIDROIT ou a Convenção Internacional das Nações Unidas de Viena, ano de 1980, que regula os contratos internacionais de venda de bens – e uma determinada lei nacional que se destine a regular a validade formal desse mesmo contrato.

⁴³¹ Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura, e SORARES, Maria Ângela Bento, *ob.cit.*, pp. 402.

⁴³² Cfr. GERTZ, Graig M., *ob.cit.*, pp. 179.

⁴³³ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 253.

⁴³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 129.

⁴³⁵ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 795.

⁴³⁶ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 10.

⁴³⁷ Na redação dada por MORENO RODRÍGUEZ e RUBINO-SAMMARTANO, já que outros autores a denominam de diferentes formas: FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN referem-se a esta enquanto “*trunc common*”, enquanto REDFERN e HUNTER a

a dois sistemas legais, sejam leis nacionais ou princípios internacionais, serão de aplicar aos mesmos preceitos contratuais em análise na decisão arbitral⁴³⁸ – “(...) *this contract shall be governed by the rules common to the laws of State A and State B*”⁴³⁹. Tal escolha consiste numa verdadeira escolha de direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, porquanto é expressamente apontada pelas partes. RUBINO-SAMMARTANO entende que as partes, aquando da seleção do direito aplicável à causa na arbitragem, apenas se quererão proteger relativamente ao desconhecido. Assim, entende que será uma escolha clara, natural e automática que os princípios comuns às leis pessoais de cada uma das partes, desde que conhecidos pelas partes tal ponto de contacto, poderá de forma eficaz satisfazer a sua necessidade de alcançar a neutralidade pretendida⁴⁴⁰. Afigurar-se-á, contudo, muito trabalhosa a tarefa a levar a cabo quer pelas partes, no planeamento da arbitragem, quer pelos árbitros internacionais na resolução do litígio, já que um estudo de direito comparado que permita encontrar e analisar os princípios comuns a dois sistemas legais diferentes constituirá tarefa árdua, o que nem sempre se justificará no âmbito de uma arbitragem comercial internacional⁴⁴¹. Um dos maiores exemplos da utilização desta doutrina é o famoso caso “*Channel Tunnel*”⁴⁴², em que se afirmou que “[*the construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law [...]*”⁴⁴³. Levanta-se desde logo o problema de entender de que forma serão reguladas as situações não abrangidas pelos princípios comuns a ambos os direitos escolhidos. Ora, RUBINO-SAMMARTANO explica que caberá ao árbitro internacional atentar nos princípios que são comuns a ambos os direitos, assim como aos usos utilizados pelas partes no exercício da sua atividade e, na sua falta, nos usos dos países de que são nacionais as partes, sendo que a partir de tal análise, deverá tentar alcançar uma solução que se afigure enquanto pretendida por ambas as partes à data da celebração do contrato⁴⁴⁴. Ora, esta solução, a nosso ver, assume-se demasiadamente arbitrária de

tratam por “*tronc commun*”. Para efeitos da presente dissertação, e porque o Autor que seguiremos mais de perto será o italiano, seguiremos a terminologia por ele adotada.

⁴³⁸ Cfr. FOUCHARD, Philippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 814.

⁴³⁹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 252.

⁴⁴⁰ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 446.

⁴⁴¹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pps. 214-215.

⁴⁴² Litígio em que foram partes “*The Channel Tunnel Group Ltd and France Manche SA*” e “*Balfour Beatty Construction Ltd*”.

⁴⁴³ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 451.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pp. 447.

modo a garantir a certeza e segurança jurídicas que devem ser inerentes às transações do comércio internacional. Tal opção de escolha, embora se admita válida em diversos sistemas legais, criará sempre desvantagens quando comparada a outras cláusulas de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, porquanto compromete importantes fatores como os da previsibilidade e eficiência de uma escolha de direito aplicável, levando à possibilidade de criação de confrontos entre as leis de ambos os países, e não explicando como deverão interagir os seus sistemas legais⁴⁴⁵.

Num interessante estudo levado a cabo pela ICC, em 2012, referente aos anos de 2007 a 2011, no que concerne à escolha de qual a lei estadual que, em regra, as partes selecionam de modo a regular o mérito do litígio na arbitragem internacional, chegou-se à conclusão que as duas leis mais frequentemente escolhidas são as leis de arbitragem de Inglaterra – o *Arbitration Act* – assim como da Suíça – a Lei Suíça de Direito Internacional Privado. Tal escolha demonstra claramente o caráter desenvolvido e pró-arbitragem das provisões aplicáveis a este modo de resolução de litígios internacionais naqueles Estados. Também as leis francesa, alemã e do estado de Nova Iorque foram alvo de escolha recorrente, pelas partes, em arbitragens administradas pelo tribunal de arbitragem internacional da ICC⁴⁴⁶.

Coloca-se no entanto a questão de saber se a escolha das partes será direcionada para o direito material do sistema legal estadual apontado, ou antes para o seu sistema conflitual. De seguida exporemos as nossas considerações acerca de tal debate.

5.1.1 – A inoperabilidade do reenvio

A figura do reenvio apresenta-se enquanto consequência inevitável da utilização do método conflitual de escolha do direito aplicável. De forma muito breve, a problemática ocorrerá quando uma ordem jurídica, para a qual remeteu determinada norma de conflitos, não se considere ela mesma competente, mas antes através do seu próprio conjunto de normas de conflitos, remeta para uma diferente ordem jurídica, e

⁴⁴⁵ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 252.

⁴⁴⁶ Cfr. FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, “The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration”, ICC publications, n.º 729, ano de 2012, pp.224.

para o seu direito material⁴⁴⁷. Prendemo-nos pois com o problema de saber se realizada uma escolha quanto ao direito aplicável, deverá ser de aplicar o direito material da lei primeiramente designada, ou antes o seu direito conflitual, e as suas normas de DIP. O problema surgiu com o famoso caso “*Forgo*”, num litígio com que se deparou o *Cour de Cassation*, julgado definitivamente em 1882. Começou pois então, na altura, o debate acerca da matéria do reenvio, tendo surgido para dar resposta àquela várias soluções, entre as quais se encontram as teorias da referência material, e da referência global. Enquanto a teoria da referência material explica que deve ter-se em conta o direito material do sistema legal para o qual remeteu inicialmente a norma de conflitos⁴⁴⁸, o que à partida vai de encontro à finalidade da existência de tal tipo de normas⁴⁴⁹, a teoria da referência global remete para todo o conjunto de normas do sistema legal para qual inicialmente a norma de conflitos remeteu, incluindo tal conjunto quer o direito material, quer o direito conflitual, pelo que poderá ter que se seguir uma nova remissão da norma de conflitos da segunda ordem jurídica para encontrar a lei estadual que regule a situação em causa⁴⁵⁰. Quando o sistema conflitual da segunda ordem jurídica remete para a ordem jurídica a que pertence a primeira norma de conflitos que remeteu para aquela, estamos perante um retorno de competência, sendo que se remeter para uma terceira ordem jurídica, nos deparamos com uma transmissão de competência, sendo estes os tipos de devolução existentes em matéria de reenvio no DIP⁴⁵¹.

Surgem-nos portanto duas soluções para responder a esta complexa problemática: a teoria da devolução simples, e a teoria da devolução integral. Relativamente à primeira, a remissão da norma de conflitos do foro abrange quer o direito conflitual, quer o direito material, sendo que se assume que a remissão feita em segundo lugar pela norma de conflitos da segunda ordem jurídica é uma referência material⁴⁵², ou seja, manda aplicar o direito material da ordem jurídica para a qual remete, não se respeitando a remissão feita pela norma de conflitos estrangeira. Por outro lado a devolução integral, que busca a harmonia entre os vários sistemas jurídicos, estabelece que os tribunais locais, para onde remete a norma de conflitos do foro, têm o

⁴⁴⁷ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 470.

⁴⁴⁸ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pps. 269-270.

⁴⁴⁹ A finalidade de encontrar o direito que se considere adequado a regular determinada situação privada plurilocalizada.

⁴⁵⁰ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, ppS. 272-273.

⁴⁵¹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 471.

⁴⁵² *Ibidem*, pp. 475.

dever de julgar a causa tal como esta seria julgada nos tribunais para os quais remete o direito de conflitos do foro⁴⁵³.

Não será este o local ideal para realizar uma reflexão acerca da oportunidade, méritos e desvantagens de cada uma das teorias *supra* explicadas. Servirá o parágrafo que antecede antes como demonstração de algumas implicações que poderão advir da utilização do sistema conflitual, inevitáveis, em relação às quais têm vindo a ser propostas várias soluções, umas mais certas que outras. Releva o parágrafo anterior igualmente para estabelecer um ponto de comparação entre o que sucede em sede de DIP e nas legislações fonte da arbitragem comercial internacional. Iremos pois dar alguns exemplos que ilustram a forma como é tratada a questão em mérito à luz do objeto de estudo da presente dissertação.

Atentemos no art. 52.º (1) da NLAV, quando estabelece relativamente às regras de direito aplicáveis ao fundo da causa que “[qualquer] designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando directamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis”. Segundo DÁRIO MOURA VICENTE, este preceito consagra precisamente que não deverá ser de aceitar a figura do reenvio da lei estadual escolhida para uma terceira ordem jurídica, já que tal não é, em regra, o sentido da escolha das partes na arbitragem⁴⁵⁴. Em igual sentido também MANUEL BARROCAS afirma que a solução para que se não entenda que deve operar o reenvio, por força deste mesmo preceito, é a de fixação de um regime de referência material relativamente à lei estadual que a primeira norma de conflitos considerou ser a adequada para regular a situação⁴⁵⁵, quer se trate da escolha do direito pelas partes, quer se trate da escolha do direito pelos árbitros internacionais⁴⁵⁶. No mesmo sentido da legislação nacional apontam outras fontes da arbitragem comercial internacional, de forma acertada na nossa opinião, tal como a Lei-Modelo da UNCITRAL⁴⁵⁷, o regulamento de arbitragem da *Stockholm Chamber of Commerce*⁴⁵⁸, entre outras, que tendem a respeitar a vontade presumível

⁴⁵³ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 284.

⁴⁵⁴ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 101.

⁴⁵⁵ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 195.

⁴⁵⁶ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 497.

⁴⁵⁷ Vide o art. 28.º (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁴⁵⁸ Vide o art. 22.º (2) das regras de arbitragem da *Stockholm Chamber of Commerce*.

das partes ao escolherem determinada disposição normativa para aplicar ao mérito do litígio na arbitragem, de modo a retirar os benefícios decorrentes de um sistema legal claramente identificado e previsível para aquelas⁴⁵⁹. GARY BORN afirma ainda que a maior parte dos Estados, e respetivas autoridades, ainda que não consagrem nas suas leis relativas à arbitragem preceitos como o analisado relativamente à NLAV, têm um entendimento similar ao previamente estudado⁴⁶⁰. No entanto, e visto que em alguns Estados ainda persiste a prática de admissão do reenvio em matéria de arbitragem comercial internacional, deverá existir um especial cuidado das partes, aquando da redação da convenção de arbitragem, no sentido de garantir um alcance semelhante ao consagrado na lei portuguesa, caso seja essa a sua intenção⁴⁶¹.

Sucedo contudo que nem sempre as partes procedem à escolha de uma lei nacional para aplicar ao mérito do litígio numa arbitragem comercial internacional. Antes preferem basear a sua escolha em normas internacionais, substantivas, na perspectiva de que a resolução do caso tenha em conta outro direito que não o estadual. Tal possibilidade de escolha é o que de seguida nos propomos a analisar.

5.2 – Normas internacionais

Pese embora a escolha de uma lei nacional seja o mais recorrente e pacifista objeto da escolha do direito aplicável ao mérito do litígio numa arbitragem comercial internacional, situações existem em que as partes acordam na utilização de normas com carácter internacional. Tal tenderá a ocorrer na medida em que aquelas pretendem ver a causa no processo arbitral ser regulada por normas especificamente criadas para dar resposta a situações do comércio internacional⁴⁶². Conquanto tal opção não seja recorrentemente utilizada pelas partes, existe doutrina relevante no seio arbitral que entende ser esta a melhor solução, já que entre outros aspetos, é a que melhor

⁴⁵⁹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 257.

⁴⁶⁰ *Idem.*

⁴⁶¹ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 73.

⁴⁶² Veja-se o estudo acerca da escolha de leis nacionais ou normas de carácter internacional realizado em 2012, referente aos anos de 2007-2011, no que concerne a arbitragens internacionais da ICC, em que 98% dos casos é escolhida uma lei nacionais para regular o mérito da arbitragem – cfr. FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pp.223.

acompanha as alterações globais do comércio internacional e suas transações⁴⁶³, que se encontram em constante desenvolvimento e mutação.

5.2.1 - Admissibilidade e validade da escolha

Conscientes de que a utilização de normas internacionais pode variar relativamente à sua própria natureza⁴⁶⁴, tenderemos no presente a referir-nos principalmente àquelas normas acerca das quais é maior o debate relativamente à sua utilização, enquanto direito passível de ser escolhido enquanto aplicável ao mérito do litígio, na arbitragem internacional: a *lex mercatoria*, ou usos do comércio internacional. Contudo, nunca descuremos do facto de que existem diferenças por de mais evidentes e claras entre aquela e, por exemplo, os princípios gerais de justiça, o direito internacional público, entre outros⁴⁶⁵.

Ora, a simples adoção da terminologia “regras de direito”, “*rules of law*”, ou até “direito”, por contraposição à expressão “lei”, aquando do estabelecimento das hipóteses de escolha das partes do direito aplicável ao mérito do litígio num processo arbitral internacional, parece abrir as portas, pelo menos a um nível teórico, a que seja admissível a escolha de normas internacionais pelas partes na arbitragem⁴⁶⁶. Admitir-se-ão, segundo alguma doutrina, a aplicação de usos e princípios comuns do comércio internacional, embora o argumento literal por si só não pareça suficiente para estabelecer que as normas internacionais tenham força bastante para ter o valor de *lex contractus*, segundo distinta doutrina⁴⁶⁷. NUNES PEREIRA refere desde logo o obstáculo decorrente da discussão doutrinal de determinados usos do comércio internacional, assim como princípios gerais de direito, em que posições existem que defendem a sua não subsistência enquanto ordem jurídica própria, diferente das ordens jurídicas nacionais⁴⁶⁸. Já MANUEL BARROCAS explica que após a publicação da

⁴⁶³ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 24.

⁴⁶⁴ Como analisaremos no subcapítulo imediatamente seguinte ao presente, onde expomos quais as várias hipóteses ao dispor das partes.

⁴⁶⁵ Acerca de tal distinção, cfr. GAILLARD, Emmanuel, “La Distinction des Principes Généraux du Droit et des Usages du Commerce International”, in “*Etudes Offertes à Pierre Bellef*”, Litec, ano de 1991, pps. 203-217.

⁴⁶⁶ Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura, e SORARES, Maria Ângela Bento, *ob.cit.*, pp. 402. Os Autores entendem mesmo que tal é o que resulta dos trabalhos preparatórios tendentes à elaboração da Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁴⁶⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 208-209.

⁴⁶⁸ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 262.

Convenção de Roma de 1980, entretanto substituída pelo Regulamento Roma I, a doutrina tem colocado os usos e costumes do comércio internacional “fora do normativo jurídico suscetível de ser aplicado como regra de direito, quer pelo juiz estadual, quer pelo árbitro internacional”. Antes deverá o árbitro, caso as partes assim o decidam, observar esses usos e costumes como estipulação contratual, e não como ordem jurídica autónoma, que entre outras, a *lex mercatoria* não o é⁴⁶⁹.

Ora, a Lei-Modelo da UNCITRAL adota essa mesma terminologia, “*rules of law*”, e embora determinada doutrina entenda que tal preceito visa apenas permitir que ao fundo da arbitragem sejam aplicáveis certas normas internacionais, como as que resultam de convenções internacionais, e não a *lex mercatoria* ou princípios gerais internacionais da justiça, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN entendem que tal restrição não fará sentido, dado o estado atual da jurisprudência arbitral e do próprio instituto da arbitragem comercial internacional, em que em grande parte dos casos se aceita que aqueles segundos podem ser aplicáveis ao fundo da causa⁴⁷⁰. Os Autores defendem a sua posição, de entre outras formas, recorrendo à resolução do *Institute of International Law* de 1989, Santiago de Compostela, em que se referiu que relativamente a contratos internacionais poderão ser escolhidos pelas partes normas, regras e princípios que “(...) *may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law and the usages of international commerce*”⁴⁷¹. Perfilha tal opinião LIMA PINHEIRO, ao afirmar que a determinação do direito aplicável à substância da arbitragem poderá reger-se “por regras e princípios próprios do Direito Transnacional da Arbitragem”⁴⁷². O Autor refere que não será estranha a utilização de modelos de regulação do comércio internacional, redigidos por organizações intergovernamentais e derivados de práticas utilizadas a nível comercial nos círculos em que participam os dois agentes do comércio internacional, de modo a que esses mesmos modelos possam ser aplicáveis à substância da causa na arbitragem, perfilhando ainda a opinião de que deverá ser este o critério primordial de escolha das partes⁴⁷³. De facto, o entendimento

⁴⁶⁹ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 613.

⁴⁷⁰ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 803-804.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pp. 804.

⁴⁷² Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 14.

⁴⁷³ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 246. O Autor assenta a sua premissa de validade e de recomendação de utilização, pelas partes, de normas internacionais, no facto de ser largamente reconhecido no seio arbitral que se poderá aplicar a equidade ao mérito do litígio. Ora, “a partir do momento em que se admite o julgamento de equidade não há razão

acerca da admissibilidade da escolha de normas não estaduais encontra-se cada vez mais enraizado na doutrina internacional⁴⁷⁴. Com o acentuado e acelerado desenvolvimento do instituto da arbitragem comercial internacional, rapidamente a doutrina e jurisprudência se consciencializaram acerca das características próprias e específicas de tal instituto, que deve respeitar em larga escala os interesses que decorrem de relações jurídicas do comércio internacional⁴⁷⁵. FERRER CORREIA reitera que não existe qualquer objeção a que as partes escolham os usos do comércio internacional – *lex mercatoria* – desde que se aceite que aquela é um “verdadeiro direito”, afirmando ainda que mesmo que tal se não entenda, por força da falta da imprescindível previsibilidade que deve ser subjacente a uma ordem jurídica, não se afastará a possibilidade de subsumir o contrato e o mérito da causa a esses mesmos usos⁴⁷⁶. De facto, por serem disposições próprias à criação, manutenção e extinção das relações desenvolvidas no âmbito do comércio internacional, não se poderá arguir que os usos do comércio internacional são regras estranhas e não suscetíveis de regular de forma correta o fundo da causa arbitral⁴⁷⁷, antes admitindo-se a sua aplicabilidade, caso tal seja a vontade das partes, à luz do princípio da autonomia privada⁴⁷⁸. Assim, existe doutrina que, ao admitir a escolha de normas internacionais reguladoras do comércio internacional, como se apresenta a *lex mercatoria*, entende esse mesmo conjunto de normas enquanto um sistema legal semi-autónomo⁴⁷⁹, consciente sempre das limitações que impedem que aquela seja considerada uma ordem jurídica autónoma e completamente independente. Subscrevendo tal entendimento, GARY BORN afirma que efetivamente, na prática arbitral se tem vindo a entender enquanto possível a escolha de normas internacionais – ou não nacionais, diga-se – de modo a regular o mérito do litígio, não obstante tal faculdade ser pouco utilizada pelas partes, que ao invés preferem a escolha de uma

para negar que o critério de decisão do fundo da causa seja pedido exclusivamente a *fontes extra-estaduais* [...] ou mesmo, na sua falta, a *princípios* e a *modelos de regulação* reconhecidos nos círculos do comércio internacional” – na opinião do Autor, se podem as partes autorizar a decisão na arbitragem que não tenha por base o direito constituído, faz sentido que possam igualmente recorrer à escolha de normas não estaduais.

⁴⁷⁴ Cfr. BROZOLO, Luca Radicti Di, e FRIEDMAN, Mark, e DE LY, Filip, “Introduction to the International Law Association – International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on “Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration”, in “*Arbitration International*”, volume 26, n.º 2, ano de 2010, pps. 191-220, mais precisamente na pp. 194.

⁴⁷⁵ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 250.

⁴⁷⁶ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 251.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pps. 251-252.

⁴⁷⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 807.

⁴⁷⁹ Cfr. ZUMBANSEN, Peer, “Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, in “*European Law Journal*”, volume 8, n.º 3, Setembro do ano de 2002, pps. 400-432, mais precisamente nas pps. 429-430.

determinada lei nacional para regular o contrato no qual se insere, ou ao qual se reporta, a convenção de arbitragem internacional⁴⁸⁰.

Segundo distinto entendimento, MARGARET MOSES explica que, no seu entender, poderão as partes escolher normas internacionais para regular a substância da arbitragem. Alerta, contudo, para a necessidade de, cumulativamente, ser selecionada uma lei nacional que acompanhe tal escolha, que se destine a regular as áreas não abrangidas pelas normas internacionais escolhidas⁴⁸¹. Esclarece desse modo a Autora que, pese embora possa ser considerada válida a escolha de tais normas, deve dar-se primazia à escolha de leis nacionais, mais completas, previsíveis, com jurisprudência desenvolvida no que respeita à sua interpretação, de modo a regularem o mérito do litígio nas arbitragens comerciais internacionais⁴⁸². Isto porque “(...) *the so-called standards of common and customary principles applied in international commercial practice [...] never create a closed system applicable to all aspects of the dispute*”⁴⁸³.

Por outro lado, DÁRIO MOURA VICENTE afirmava, já a propósito da LAV de 1986, que em arbitragens internacionais a *lex mercatoria* e outras normas internacionais que não constituam, por si só, um sistema legal autónomo, não devem ser passíveis de ser escolhidas pelas partes de modo a regular o mérito do litígio no processo arbitral. Segundo o Autor, antes deveriam ser utilizadas tais normas enquanto suplemento à escolha de uma lei nacional, desde que incorporadas nos próprios termos do contrato, com o objetivo de ser tidas em conta na decisão da arbitragem, caso a lei aplicável àquela assim o permitisse⁴⁸⁴.

Já MARC BLESSING entende que a escolha de um direito do comércio internacional, como os princípios internacionais gerais de justiça, poderá ser feita tendo em conta o seu efeito corretivo em relação à escolha de uma lei nacional – o que sucede em inúmeros processos arbitrais internacionais –, o que fará com que tais disposições tendam a “corrigir” determinados preceitos legais de legislações nacionais que se encontrem em contradição com o seu conteúdo⁴⁸⁵. Veja-se que EMMANUEL

⁴⁸⁰ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pps. 253-254.

⁴⁸¹ Que sabemos, em regra, são incompletas e não abrangem a totalidade de situações que poderão decorrer de um litígio comercial internacional, como por exemplo as questões de validade do contrato, capacidade das partes, entre outras.

⁴⁸² Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pps. 69-70.

⁴⁸³ Cfr. BELOHLÁVEK, Alexander J., *ob.cit.*, pp. 29.

⁴⁸⁴ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in...”, *ob.cit.*, pp. 189.

⁴⁸⁵ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 211.

GAILLARD, defensor da aplicabilidade de normas internacionais ao mérito do litígio numa arbitragem, esclarece que relativamente aos princípios gerais de justiça e à *lex mercatoria*⁴⁸⁶ se deve entender que aqueles não poderão ser utilizados pelos árbitros internacionais quando pelas partes não exista qualquer expressão de vontade nesse mesmo sentido, quando simultaneamente se opere escolha de determinado direito nacional enquanto aplicável ao mérito do litígio na arbitragem⁴⁸⁷. No entanto o Autor entende que, quando as partes não escolham qualquer direito aplicável, poderão os árbitros recorrer aos princípios gerais de justiça e/ou à *lex mercatoria* para decidirem acerca do caso⁴⁸⁸, sendo tal utilização particularmente útil quando se não detetem, de forma clara, quaisquer elementos de conexão que liguem o processo arbitral a um determinado sistema legal estadual⁴⁸⁹.

Independentemente da admissibilidade da escolha de normas internacionais e não estaduais, nomeadamente da *lex mercatoria*, é sabido pelos práticos da arbitragem que não raras vezes, e por força da imprevisibilidade que a utilização de tais normas acarreta, os riscos serão maiores do que as vantagens aquando da escolha desse direito, pelo que nem sempre a admissibilidade e validade da escolha de tais normas é acompanhada de uma utilização prática no seio do comércio internacional⁴⁹⁰. Ainda assim, existem posições doutrinárias que entendem poder ser útil, no decurso de transações comerciais, a utilização de normas comuns e uniformes no âmbito do comércio internacional, desde que tal seja efetivamente a vontade das partes, e desde que a transação em causa remonte, de forma clara e inequívoca, a interesses internacionais de ambas. Isto porque a utilização de tais normas poderá repercutir-se na aplicação de um direito, em sede de arbitragem, que melhor assegure a vontade das

⁴⁸⁶ Que entende ser completa, previsível para quem com ela lida numa base diária, com natureza de sistema legal e carácter estruturado – tal visão resulta de um método criado pelo Autor, passível de ser analisado através da leitura de GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, in “*Arbitration International*”, volume 17, n.º 1, ano de 2001, pps. 59-71, mais precisamente na pp. 71.

⁴⁸⁷ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths”, in “*World Arbitration & Mediation Review*”, volume 5, n.º 2, ano de 2011, pps. 161-172, mais precisamente na pp. 163.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 164-166. O Autor refere, relativamente aos princípios gerais de direito, que caso se entendam por aplicáveis, não será necessário que exista um consenso unânime, em todos os sistemas legais existentes, acerca da sua validade, pois que tal iria inviabilizar de forma total a utilização dos princípios gerais de justiça e a sua utilidade a nível da arbitragem comercial – deste modo, quando entendam os árbitros ser de aplicar um determinado princípio que considerem inserir-se naqueles, na opinião do Autor não será necessário o preenchimento do pressuposto da unanimidade – cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law...”, *ob.cit.*, pp. 63.

⁴⁸⁹ Esta matéria encontra-se *infra* analisada, no capítulo referente à falta de escolha, pelas partes, do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional.

⁴⁹⁰ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 46.

partes⁴⁹¹. De facto, uma solução passaria pela criação⁴⁹² de um direito internacional uniforme aplicável no âmbito de transações comerciais internacionais, sempre estando nós conscientes da dificuldade que sempre existiu, e ainda nos dias de hoje subsiste, relativamente ao alcance de um entendimento generalizado entre tão variadas culturas a nível mundial. Tal direito, de modo a consagrar-se enquanto solução viável de escolha para regulação do comércio internacional deveria, na nossa opinião, basear-se em importantes princípios básicos a todos os sistemas legais existentes⁴⁹³, derivando depois os seus preceitos das conhecidas necessidades de regulamentação de situações com que se deparam, diariamente, os agentes do comércio internacional. Deveria portanto a sua criação resultar de uma entejuda entre práticos de renome e organizações internacionais direcionadas para a criação de instrumentos harmonizadores a nível do direito internacional⁴⁹⁴. Cientes de que tal hipótese se apregoa de difícilíssimo alcance, somos a suportar o entendimento de que a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio se deverá basear em leis estaduais, ainda que se deva proceder à escolha de sistemas legais desenvolvidos ao nível do direito comercial, bancário, entre outros ramos do direito, e cuja jurisprudência estadual se apresente enquanto pró-arbitragem. Em jeito de conclusão, utilizamos as palavras de RUBINO-SAMMARTANO quando se refere à *lex mercatoria*, referindo-nos nós à generalidade das normas internacionais geralmente utilizadas na arbitragem comercial internacional, não dotadas da previsibilidade e completude necessárias para se apresentarem enquanto sistema legal autónomo⁴⁹⁵: “[it] is submitted that *lex mercatoria* could be better off just as a set of recognized usages of international trade, rather than a rival to national law, or a legal system by itself”⁴⁹⁶. Tal entendimento encontra-se já estatuído em diversas fontes do instituto da arbitragem, que como referimos *supra*⁴⁹⁷, prevêm que as partes podem

⁴⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 195.

⁴⁹² Ou aperfeiçoamento, caso se entenda um conjunto de normas já existentes como ponto de partida, o que poderá suceder com a *lex mercatoria*.

⁴⁹³ Pense-se no princípio da boa-fé, o *pacta sunt servanda*, o da igualdade entre as partes, e outros caraterísticos do direito privado e das relações jurídicas que tutela.

⁴⁹⁴ Referimos, desde logo, o importante papel que a UNCITRAL teria numa situação idêntica à referida.

⁴⁹⁵ No qual não incluímos, como referiremos *infra*, alguns instrumentos de direito público internacional, como a Convenção Internacional das Nações Unidas de Viena, ano de 1980, que regula os Contratos Internacionais de Venda de Bens, que mesmo assim entendemos que poderá ser utilizada apenas cumulativamente com um sistema legal que reja as situações nos seus preceitos não previstas.

⁴⁹⁶ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 445.

⁴⁹⁷ Quando da análise da *lex mercatoria* e dos princípios UNIDROIT.

escolher o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem, devendo ter sempre a decisão dos árbitros em conta os usos e princípios do comércio internacional⁴⁹⁸.

Ainda assim, propomo-nos a enunciar no subcapítulo subsequente algumas opções ao dispor das partes, no atual estado de desenvolvimento da arbitragem comercial internacional, de modo a regular o mérito do litígio no processo arbitral.

5.2.2 – Opções ao dispor das partes

Cumpra pois na presente secção analisar quais as principais hipóteses de escolha das partes no que concerne à escolha de direito não estadual, de modo a que tais preceitos sejam aplicáveis ao mérito do litígio no seu processo arbitral internacional. Faremos, portanto, uma breve exposição de quais as normas que em regra podem ser escolhidas pelas partes, acompanhando-a quando necessário das devidas explicações relativamente à admissibilidade da escolha de tal normativo, assim como das características que se nos assumem como importantes referir acerca daqueles.

No que respeita à *lex mercatoria* e aos princípios UNIDROIT⁴⁹⁹, porventura o direito que mais controvérsia gera em torno da respetiva aplicabilidade em sede de arbitragem comercial internacional, não nos iremos aqui alongar, porquanto já foram ambos os instrumentos analisados em momento ulterior da presente dissertação, assim como a admissibilidade da sua escolha⁵⁰⁰. Para lá remetemos, reservando-nos aqui à possibilidade de não exploração de tal temática. Mantemos registo, no entanto, da nossa crença acerca da suscetibilidade de estes conjuntos de normativos serem objeto de escolha em sede de arbitragem nos termos em desenvolvimento, tal como referimos *supra* – a utilização do termo “*rules of law*”, para parte da doutrina, é mesmo entendida enquanto referência à *lex mercatoria*⁵⁰¹ -, nunca olvidando dos riscos e insegurança que poderão resultar de uma escolha para estes instrumentos direcionada. Assim, somos a manter a nossa posição relativamente à preferência de escolha de um direito que confira

⁴⁹⁸ Entre outros, *vide* os arts. 21.º (2) das regras de arbitragem da ICC, 28.º (4) da Lei-Modelo da UNCITRAL e 52.º (3) da NLAV.

⁴⁹⁹ Assim como os restantes usos e costumes do comércio internacional.

⁵⁰⁰ *Vide* o capítulo “As especificidades do comércio internacional”, no qual se procedeu a uma análise que incidiu principalmente sobre as características e aplicabilidade de ambos os instrumentos internacionais no que diz respeito à sua aplicabilidade em sede de arbitragem comercial internacional.

⁵⁰¹ Cfr. AUDIT, Bernard, “Choice of the Applicable Law by the Parties”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 10-21, mais precisamente na pp. 13.

maiores garantias de previsibilidade, completude, segurança e certeza jurídicas às partes.

Relativamente aos princípios gerais de justiça, desde já importa referir que a sua escolha enquanto direito aplicável diretamente, e por si só, ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, pelas partes, é escassa⁵⁰², mas ainda assim existente e válida⁵⁰³. Assim, embora se admita a validade da escolha daqueles, recorrentemente as partes não os designam enquanto direito único na sua escolha. Tal fica a dever-se, entre outros, à dificuldade de estabelecer, a final, em que consistem os princípios gerais de direito. GARY BORN entende que aqueles representam “(...) *principles of law common to leading legal systems (...)*”, numa definição por si só ambígua quanto baste, e que se apresenta indubitavelmente como escassa, no que respeita à certeza e possibilidade de determinabilidade que as partes devem ter relativamente ao direito objeto da sua escolha⁵⁰⁴. Numa definição semelhante, DÁRIO MOURA VICENTE define-os enquanto “(...) princípios jurídicos comuns à generalidade dos sistemas de direito vigentes nos Estados civilizados”⁵⁰⁵. DIMITRIOS ATHANASAKIS entende que a sua criação resulta da realização de um estudo comparativo entre várias leis nacionais e instrumentos internacionais, a que se seguirá uma etapa de clarificação do que releva em sede da área que se pretende regular – neste caso, o comércio internacional. Afirma ainda o Autor que estes não se impõem enquanto direito positivo⁵⁰⁶. Embora a admissibilidade da escolha seja amplamente reconhecida na *praxis* arbitral internacional⁵⁰⁷, a maior parte da doutrina antes entende a sua aplicação útil em sede de complemento a uma escolha direcionada para um sistema legal estadual, na medida em que operam enquanto limitação ou forma de correção de lacunas daquele⁵⁰⁸. REDFERN e HUNTER referem mesmo que aqueles valem enquanto uma generalização de importantes princípios base que devem reger as relações contratuais, faltando-lhes a

⁵⁰² Cfr. FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pp. 223. O estudo levado a cabo pela ICC, entre 2007 e 2011, mostra que em menos de 1% das arbitragens a correr termos nos seus tribunais arbitrais, foram os princípios gerais de direito escolhidos pelas partes de modo a regularem diretamente o mérito do litígio.

⁵⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 391.

⁵⁰⁴ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 254.

⁵⁰⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 224.

⁵⁰⁶ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 28.

⁵⁰⁷ *Vide*, entre outros, FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pp. 223, e RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 391, e BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 254, e VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 224, e ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 28.

⁵⁰⁸ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 420.

atenção conferida a detalhes que, inevitavelmente, terão que ser regulados em sede de arbitragem comercial internacional. Assim, apenas deverão ser utilizados de forma conjunta e complementar com a escolha de um outro direito que se apresente completo o suficiente, de modo a não deixar de se regular quaisquer situações que careçam de análise⁵⁰⁹. Com entendimento semelhante refira-se MARC BLESSING, que ainda assim refere que são apontadas críticas a esta concepção “dualista” de aplicação dos princípios gerais do direito, porquanto poderá gerar, tal utilização conjunta, uma complicação ao nível de perceber qual o direito primordialmente aplicado, assim como dúvidas quanto à certeza e segurança jurídicas que devem ser inerentes à escolha do direito na arbitragem, entendendo-se de tal modo preferível a escolha de um só sistema legal nacional em tais casos⁵¹⁰. Já EMMANUEL GAILLARD, ao referir que a utilização dos princípios gerais de direito se baseia não numa “lista” ou codificação daqueles, mas sim num método, é adepto da sua utilização autónoma em sede de resolução do litígio na arbitragem comercial internacional⁵¹¹.

No entanto, bastará atentar no próprio conceito de princípios gerais de justiça para entender a opinião de parte da doutrina relativamente à rejeição da sua escolha enquanto direito aplicável na arbitragem. “Tratando-se de princípios que existem em todas, ou quase todas, as ordens jurídicas internas, não se vê que vantagem possa haver na sua designação como estatuto de um contrato internacional, relativamente à eleição de um direito nacional”⁵¹². Acresce ainda que estes não se configuram enquanto verdadeiro sistema jurídico, dotado de verdadeiras regras jurídicas, não obstante não parecer legítimo recusar o reconhecimento e execução de uma sentença neles fundada, desde que tal seja o acordado entre as partes na arbitragem⁵¹³ - isto por força, diga-se, de

⁵⁰⁹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 209.

⁵¹⁰ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 211.

⁵¹¹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “General Principles of...”, *ob.cit.*, pp. 168. Para o Autor é claramente vantajosa a utilização dos princípios gerais de direito quando os árbitros internacionais, após identificarem uma regra de direito – a regra de direito geralmente aceite para regular o caso, após a realização de um estudo de direito comparado - que considerem aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial, a utilizem, ao invés de utilizarem uma determinada lei nacional que se pode apresentar enquanto ultrapassada e não adequada – é este o método transnacional de escolha do direito aplicável à arbitragem defendido pelo Autor.

⁵¹² Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 224.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 226.

inúmeras fontes da arbitragem comercial internacional consagrarem a impossibilidade de revisão do mérito das sentenças arbitrais por tribunais estaduais⁵¹⁴.

No que concerne ao direito internacional público, desde logo somos a referir que tem existido um debate acerca da admissibilidade da escolha dos seus instrumentos, pelas partes, como aplicáveis à causa na arbitragem comercial internacional. Por força do carácter altamente liberal adotado por várias fontes de tal instituto, aliado a uma prática arbitral também ela tolerante, tem-se vindo a aceitar a designação do direito internacional público de modo a regular o mérito do litígio em sede de arbitragens internacionais⁵¹⁵. LIMA PINHEIRO refere relativamente a esta matéria que “(...) parece admissível a aplicação de regras de Direito Internacional Público geral ou convencional”⁵¹⁶. Entre os instrumentos deste ramo do direito, e por força do estabelecido no art. 2.º (1) (a) da Convenção de Viena de 23 de Maio de 1969, relativa ao direito dos tratados⁵¹⁷, contam-se as Convenções Internacionais, sendo que em matéria de aplicabilidade ao fundo da causa na arbitragem comercial internacional, somos a referir desde logo a importância da Convenção Internacional das Nações Unidas de Viena, ano de 1980, que regula os contratos internacionais de venda de bens⁵¹⁸, assim como da Convenção de Washington de 18 de Março de 1965, para a resolução de litígios relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados⁵¹⁹.

De facto, e pese embora o direito internacional público tenha carácter eminentemente regulador de relações jurídicas entre entes soberanos⁵²⁰, é possível

⁵¹⁴ Vide, por exemplo, e entre outros, o art. 46.º (9) NLAV, que consagra: “O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas”.

⁵¹⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 230.

⁵¹⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 38.

⁵¹⁷ Que define tratado para efeitos daquele diploma da seguinte forma: “*an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*”.

⁵¹⁸ No que concerne à aplicabilidade desta Convenção à arbitragem, cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 424; MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pps. 69-70; FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pps. 222-223 – no estudo *supra* referido realizado pela ICC, chegou-se à conclusão que descartando os sistemas legais nacionais, a Convenção Internacional das Nações Unidas de Viena do ano de 1980 é o segundo conjunto de normas mais escolhido, pelas partes, em sede de arbitragem comercial internacional, para efeitos daquelas que foram administradas na ICC.

⁵¹⁹ Em Portugal aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 15/84, e publicada *in* Diário da República I, n.º 79, de 03/04/1984, com início de vigência a 01/08/1984.

⁵²⁰ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 228 – esta é uma das principais críticas apontadas à faculdade de escolha, pelas partes, do direito internacional público, em sede de arbitragem comercial internacional.

entender-se que naquele existem e atuam os mais diversos participantes, desde particulares, a Estados, organizações internacionais, corporações multinacionais, grupos privados não-governamentais, entre outros⁵²¹, pelo que se não vê porque os particulares “(...) *should not select public international law as the law which is to govern their contractual relationship*”⁵²². Aliás, estará na disposição das partes a seleção de normas presentes em instrumentos de direito internacional público, ainda que sem essa mesma força e qualidade quando aplicáveis à arbitragem, na medida em que poderão aquelas ter interesse em que o fundo da causa seja regulado por aqueles precisos termos e preceitos⁵²³. Desde já ressaltamos, no entanto, que se nos afigura a escolha de instrumentos de direito internacional público, pelas partes numa arbitragem, padecer dos mesmos “vícios” que a escolha dos princípios gerais de justiça acarreta. Assim sendo, propomos a adoção de uma similar utilização que propusemos para aqueles⁵²⁴. De facto, a doutrina crítica da escolha de instrumentos de direito internacional público enquanto aplicáveis ao mérito do diferendo na arbitragem internacional tem, entre outras razões, rejeitado tal escolha por força nomeadamente da incompletude e inadequação de tais instrumentos em matéria de arbitragem, porquanto existem diferenças entre a regulação de relações jurídicas entre Estados – à partida os principais destinatários das suas normas -, e entre relações jurídicas comerciais internacionais em que são partes os particulares⁵²⁵. Ainda assim, por força do *supra* desenvolvido, tem-se admitido em sede de arbitragem comercial internacional a escolha, pelas partes, de instrumentos de direito internacional público, de modo a serem aplicáveis ao mérito da causa.

Refiramos agora um dos casos que mais dúvida suscita nos práticos da arbitragem comercial internacional: o estranho caso da Shari’a enquanto escolha das partes para aplicar ao mérito do litígio na arbitragem. Constituída por um conjunto de princípios básicos e comuns aos modernos sistemas legais mundiais – por exemplo, o respeito pelo princípio da boa-fé nas negociações e execução dos contratos, o respeito pelo processo equitativo, entre outros -, esta apresenta-se nas codificações modernas dos

⁵²¹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 207.

⁵²² *Ibidem*, pps. 207-208. Quanto à admissibilidade em Portugal, cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 261.

⁵²³ Cfr. AUDIT, Bernard, *ob.cit.*, pps. 12-13.

⁵²⁴ Nomeadamente, a utilização enquanto direito subsidiário, ou que regule apenas determinadas matérias específicas relevantes para a decisão acerca do mérito do litígio, porquanto as características de incompletude do direito internacional público carecem de complementariedade com um outro conjunto de normativos que se apresente capaz de regular as situações não reguladas pelo primeiro.

⁵²⁵ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 229.

países muçulmanos como a principal fonte legal⁵²⁶. A doutrina explica que poderá a Shari'a ser aplicável enquanto limite à aplicação de uma lei nacional que juntamente com aquela tenha sido escolhida pelas partes, numa aceção do género “ao mérito do litígio será aplicável a lei do Estado (qualquer Estado), em tudo que não ofenda os princípios da Shari'a”⁵²⁷. Contudo, por força do conteúdo não positivado da Shari'a, ou por aquele não conter um conhecido conjunto de princípios aplicáveis às relações comerciais internacionais, já em diversos casos os árbitros internacionais rejeitaram a sua aplicação⁵²⁸.

Finalmente, somos a enunciar outros casos que constituem exemplos de possibilidade de escolha, pelas partes, de direito aplicável na arbitragem internacional, com que se poderão deparar os práticos da arbitragem. Refiramos, de forma não restritiva, os preceitos resultantes da atuação da *OHADA – Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, o direito económico da União Europeia, as regras dos *INCOTERMS – International Commercial Terms*⁵²⁹, entre outros⁵³⁰.

⁵²⁶ Lado a lado com o *Qur'an*, a *Sunnah*, a *Ijma* e o *Qiyas* – cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 225.

⁵²⁷ Cfr. FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pp. 227.

⁵²⁸ Vejam-se os casos *Sheikh Abu Dhabi v. Petroleum Development, Ltd, Ruler of Qatar v International Marine Oil Company, Ltd e Aramco v Government of Saudi Arabia* – enunciados por REDFERN e HUNTER como exemplo de casos em que os árbitros rejeitaram a aplicação da Sharia'h ao mérito do litígio em arbitragens comerciais internacionais – cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 226. Relativamente a esta matéria, e para um estudo mais aprofundado, cfr. COSTA, Carolina Dias da, “SHARIA (Islamic Law) in International Commercial Arbitration: how they got it wrong - an analysis on the acceptance (or lack thereof) of the Shari'a as the law applicable to the substance of an arbitration” in “*Young Arbitration Review*”, 5.ª edição, Abril do ano de 2012, versão digital; cfr. KUTTY, Faisal, “The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration”, in “*Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*”, volume n.º 28, ano de 2006, pps. 565-624.

⁵²⁹ Criados pela ICC, e inicialmente publicados em 1936, estes são uma marca registada, assumindo-se enquanto internacionalmente reconhecidos “*used worldwide in international and domestic contracts for the sale of goods*”, que definem “*internationally accepted definitions and rules of interpretation for most common commercial terms*” – retirado do endereço eletrónico <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>, consultado em 16/02/2015.

⁵³⁰ Cfr. FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, *ob.cit.*, pps. 222-223.

Capítulo IV – A escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional pelos árbitros internacionais

Terminada a análise realizada ao processo e objeto de escolha, pelas partes, do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, cumprirá agora debruçarmo-nos sobre os árbitros internacionais, e respetivo poder de decisão relativamente à escolha do direito aplicável. Desde logo importa realçar que, quando seja acordado entre as partes a designação do direito aplicável à substância da causa, de forma expressa ou tácita⁵³¹, deverão os árbitros seguir essa mesma designação – mais uma vez releva o princípio da autonomia da vontade enquanto orientador de todo o processo arbitral⁵³² -, sob pena de se considerar a decisão ilegal, e de ser possível sancionar tal desrespeito pela vontade das partes em sede de impugnação, ou de um eventual recurso, quando admissível, da sentença arbitral⁵³³. No entanto, quando não exista designação da *electio juris*, caberá aos árbitros determinar o direito aplicável ao fundo da causa, no respeito por critérios e métodos objetivos⁵³⁴, que *infra* iremos abordar. De facto, assim o impõe o princípio *jura novit curia* quando entendido lado a lado com o instituto da arbitragem comercial internacional: caberá ao tribunal arbitral, em última instância, conhecer do direito, implicando tal conhecimento a escolha do direito a aplicar ao fundo da causa na arbitragem. Este poder-dever de investigar, por conta própria, qual o direito aplicável e respetivo conteúdo, impõe portanto o estudo que iremos desenvolver no presente subcapítulo⁵³⁵. Começaremos, contudo, por fazer um breve enquadramento acerca da figura do árbitro internacional.

⁵³¹ Tal matéria foi analisada em momento anterior da presente dissertação.

⁵³² Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável pelo árbitro internacional ao fundo da causa”, in “*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*”, n.º 77, ano de 2001, pps. 1-11, mais precisamente na pp. 4.

⁵³³ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pp. 633.

⁵³⁴ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 101.

⁵³⁵ Cfr. LEITE, António Pinto, “Jura Novit Curia e a Arbitragem Internacional”, in “*VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa, Almedina, ano de 2013, pps. 151-168, mais precisamente nas pps. 153-154.

1. – Breve análise da figura do árbitro internacional

O árbitro internacional, numa definição ampla e geral, será a pessoa a quem as partes conferem os poderes necessários para a resolução do litígio que as opõe, em sede de arbitragem comercial internacional⁵³⁶. A detenção de tais poderes será, portanto, a característica principal no que concerne à figura do árbitro internacional⁵³⁷. Deste modo, os árbitros internacionais podem ser vistos enquanto juízes privados, que no entanto atuam através de um contrato celebrado entre estes e as partes – o contrato de árbitro -, podendo portanto ser vistos igualmente enquanto prestadores de serviços às partes numa arbitragem internacional, assim como ao centro institucionalizado de arbitragem que administra uma específica arbitragem comercial internacional⁵³⁸. Os árbitros internacionais devem ser pessoas singulares, sendo a capacidade exigida para exercer essas funções a mesma que é requerida para a celebração do contrato de árbitro⁵³⁹, nos termos da sua lei pessoal⁵⁴⁰.

Somos da opinião de que em arbitragem comercial internacional não devem existir quaisquer restrições relativamente à nacionalidade dos árbitros. Nesse mesmo sentido apontam importantes fontes internacionais do direito da arbitragem, como o são a Lei-Modelo da UNCITRAL⁵⁴¹ ou a Convenção Europeia de 1961⁵⁴². No entanto, e como corolário da autonomia das partes na arbitragem comercial internacional, poderão estas determinar pré-requisitos, como habilitações profissionais ou outras condições pessoais, que o(s) árbitro(s) que venha(m) a ser nomeado(s) deva(m) possuir⁵⁴³.

Como referimos, os árbitros atuam com base no denominado contrato de árbitro. Serão parte naquele os contraentes em litígio na arbitragem, o(s) árbitro(s), assim como em caso de estarmos perante uma arbitragem institucionalizada, o respetivo centro que a

⁵³⁶ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 560.

⁵³⁷ Nesse sentido, *vide* o Ac. do TJCE de 16 de Setembro de 1997, Caso n.º C-145/96, acerca do litígio que opôs *von Hoffmann vs. Finanzamt Trier* (Rec.1997, p.I-4857), consultado através do endereço: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0145>, em 27/02/2015.

⁵³⁸ Caso estejamos perante uma arbitragem comercial internacional institucionalizada, por oposição a uma arbitragem *ad-hoc*, em que o contrato de árbitro é celebrado entre aquele e as partes apenas.

⁵³⁹ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 456 e 560.

⁵⁴⁰ Cfr. ONYEMA, Emilia, *ob.cit.*, pp. 65.

⁵⁴¹ *Vide* o art. n.º 11 (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL, que refere que “[ninguém] pode, em razão da sua nacionalidade, ser impedido de exercer as funções de árbitro, salvo acordo das partes em contrário”.

⁵⁴² *Vide* o art. n.º III da Convenção Europeia de 21 de Abril de 1961, que estatui que em processos de arbitragem que sigam os seus termos à luz da mesma “*foreign nationals may be designated as arbitrators*”.

⁵⁴³ Cfr. ONYEMA, Emilia, *ob.cit.*, pp. 64.

administrará⁵⁴⁴. No que respeita a esse mesmo contrato, iremos apenas aqui caracterizá-lo tendo em conta as arbitragens institucionalizadas, de forma breve e sumária, de modo a não nos desviarmos do escopo do presente estudo, por tal se nos afigurar como o meio mais adequado de correr termos uma arbitragem comercial internacional⁵⁴⁵. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN entendem que a caracterização de tal contrato se assume imprescindível quer de um ponto de vista teórico - afirmando que “(...) *it clarifies the arbitrators’ status (...)*” -, quer de um ponto de vista mais prático - já que “(...) *it is helpful to liken it [the contract] to an existing category of contracts, so that if need be it can be subjected to the legal regime governing such contracts*”⁵⁴⁶. Deste modo, o contrato de árbitro caracterizar-se-á, na nossa opinião, e tendo em conta o escrito por EMILIA ONYEMA⁵⁴⁷, assim como PHILIPPE FOUCHARD⁵⁴⁸, como um contrato de prestação de serviços⁵⁴⁹, sendo tal a posição que adotamos relativamente a tal temática. Tal entendimento justificar-se-á na medida em que os árbitros internacionais, com base no contrato assinado, prestam serviços intelectuais às partes com a intenção de alcançar um determinado resultado, no interesse das partes, em troca de uma determinada remuneração paga por estas⁵⁵⁰. Deste modo, parece-nos tal entendimento o mais correto em matéria de contrato de árbitro celebrado no âmbito de uma arbitragem comercial internacional.

Da celebração do contrato surgirão obrigações para cada um dos seus outorgantes. Importará aqui analisar pois as obrigações a que os árbitros internacionais estarão adstritos, assim como os seus direitos, nunca esquecendo os poderes que lhes advêm da celebração do contrato de árbitro. Refira-se novamente que a análise irá ser breve, porquanto um tratamento cuidado e específico acerca de tais matérias poderia ser objeto de um estudo autónomo em relação ao presente.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, pp. 60.

⁵⁴⁵ Por oposição a arbitragens comerciais internacionais *ad-hoc*.

⁵⁴⁶ Cfr. FOUCHARD, Philippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 604-605.

⁵⁴⁷ Cfr. ONYEMA, Emilia, *ob.cit.*, pp. 104.

⁵⁴⁸ Cfr. FOUCHARD, Philippe, “Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, in “*ICC Bulletin Special Supplement*”, ano de 1995, pp. 16.

⁵⁴⁹ Em contraposição com as opiniões doutrinárias que entendem que deve ser visto, o contrato de árbitro, como um contrato de agência, ou como um contrato autónomo e independente relativamente a outros tipos de contrato, diga-se *suis generis* – para tais pontos de vista, cfr. ONYEMA, Emilia, *ob.cit.*, pps. 103-104.

⁵⁵⁰ Cfr. FOUCHARD, Philippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 606.

No que concerne aos deveres dos árbitros internacionais, propomo-nos desde já a seguir a divisão sugerida por REDFERN e HUNTER⁵⁵¹: deveres impostos pelas partes, deveres impostos por lei e deveres éticos dos árbitros internacionais. Iremos enunciar quais os tipos de deveres dos árbitros, indicando de modo sucinto quais as características inerentes àqueles.

Iniciando a nossa análise pelos deveres impostos pelas partes, cumpre desde já referir que tais deveres poderão ser impostos aos árbitros antes ou após a sua nomeação enquanto tal. Quando sejam impostos antes da nomeação dos árbitros, caberá a estes últimos, após a sua indicação para exercer tais funções, analisar a convenção de arbitragem e atestar da viabilidade, ou não, da execução e do respeito por tais deveres⁵⁵². Na eventualidade de as partes desejarem impor determinados deveres aos árbitros após a sua nomeação, ou após a constituição do tribunal arbitral internacional, tal em regra apenas sucederá após consulta aos próprios árbitros. Refira-se ainda que quando esteja em causa uma arbitragem comercial internacional institucionalizada, muito pouco espaço estará à disposição das partes para que estas imponham deveres aos árbitros diversos dos que constam das regras e estatutos desses mesmos centros⁵⁵³. Pense-se no exemplo dado pelas regras de arbitragem da ICC, que impõem obrigações próprias aos árbitros, tais como o período de tempo em que deve ser proferida a sentença arbitral⁵⁵⁴, ou o dever de o tribunal arbitral submeter o *draft* da sentença, para escrutínio e votação, ao ICC *Court*⁵⁵⁵.

Por outro lado, quanto aos deveres impostos por lei aos árbitros internacionais, comecemos por mencionar o dever de atuar com o devido cuidado⁵⁵⁶. Este impõe aos árbitros que atuem de acordo com as capacidades que adquiriram na sua formação, assim como tendo em conta cuidados inerentes ao serviço que estão a prestar, podendo eventualmente aqueles, à luz de determinadas posições doutrinárias, ser responsabilizados pelos prejuízos que possam ter causado às partes em litígio⁵⁵⁷. Por outro lado, refiram-se em simultâneo os deveres dos árbitros de agirem com a devida

⁵⁵¹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pps. 326 e ss.

⁵⁵² *Ibidem*, pp. 326.

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 327.

⁵⁵⁴ Vide o art. 30.º (1) das regras de arbitragem da ICC.

⁵⁵⁵ Vide o art. 33.º das regras de arbitragem da ICC.

⁵⁵⁶ Ou, nas palavras da doutrina internacional, “*duty to act with due care*”.

⁵⁵⁷ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 327-328.

diligência e com celeridade – já que a justiça será tão mais assegurada quanto mais célere e diligente for a atuação dos árbitros. De facto, a celeridade garante não raras vezes a justiça de um determinado litígio, devendo no entanto a rapidez ser sempre acompanhada de uma atuação diligente e cuidada do próprio árbitro. Inclusivamente são várias as legislações nacionais que prevêem limites temporais máximos para que seja proferida sentença arbitral⁵⁵⁸, assim como regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada⁵⁵⁹, ou ainda que estabelecem que poderá terminar o mandato o árbitro que aja injustificadamente em atraso⁵⁶⁰. Finalmente, refira-se o chamado dever de agir judicialmente – dever dos árbitros tomarem as suas decisões e agirem, no âmbito do processo arbitral, em consonância com as regras impostas em relação ao correto processo, diga-se, à correta forma de tramitação de determinado processo e dos seus termos⁵⁶¹, como o agir com imparcialidade e de forma justa⁵⁶², assegurando a igualdade de tratamento entre as partes⁵⁶³, de forma adequada⁵⁶⁴, entre outros princípios gerais aplicáveis. O árbitro nomeado por qualquer das partes está ainda sujeito a um exigente dever de independência em relação àquela, não devendo permitir que qualquer influência ou diferente fator determinem a sua atuação enquanto tal⁵⁶⁵.

Ora, relativamente aos deveres éticos subjacentes ao exercício do papel de árbitro internacional, refiram-se o dever de rejeitar a nomeação de árbitro caso aquele entenda não ter as condições necessárias para contribuir para que a sentença seja proferida tempestivamente⁵⁶⁶. Tais deveres éticos, que devem em princípio constituir a deontologia dos árbitros internacionais, encontram-se maioritariamente estatuídos naquele que é reconhecido, a nível internacional, e no seio da comunidade arbitral, como o instrumento que se dedica a regular tal matéria: as “*Rules of Ethics for International Arbitrators*” da IBA de 1987, em 2004 substituídas pelo “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”. Ambos os instrumentos

⁵⁵⁸ Vide, entre outros exemplos, os arts. 813.º a 820.º do Título VIII do Livro IV do *Italian Code of Civil Procedure*.

⁵⁵⁹ Vide novamente o art. 30.º (1) das regras de Arbitragem da ICC.

⁵⁶⁰ Tal solução é proposta no art. 14.º (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL.

⁵⁶¹ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 335.

⁵⁶² Vide o art. 14.º (4) (i) das regras de arbitragem do LCIA.

⁵⁶³ Vide o art. 21.ª (2) da Lei Brasileira de Arbitragem.

⁵⁶⁴ Tal como prevêem as Regras de Arbitragem da UNCITRAL no seu art. 15.º.

⁵⁶⁵ Relativamente a esta matéria, cfr. GOUVEIA, Mariana França, “O dever de independência do árbitro de parte”, in “*Thémis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*”, Almedina, Coimbra, n.º 16, ano de 2009, pps. 319-326.

⁵⁶⁶ A este propósito, cfr. SCHWARTZ, Eric A., “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, in “*The Status of the Arbitrator*”, in “*ICC International Court of Arbitration Bulletin*”, publicado em Dezembro do ano de 2005, pps. 77-79.

constituem um conjunto de princípios criados por aquela entidade, e visam garantir uma maior uniformização de atuação entre os árbitros internacionais⁵⁶⁷ - assuntos como a relação entre os árbitros e o litígio, como o contacto entre aquele e as partes, nunca descurando dos princípios de imparcialidade e independência que devem reger a atividade de árbitro internacional, encontram-se regulados nessas mesmas *guidelines*, pelo que para lá remetemos.

No que diz respeito aos direitos dos árbitros internacionais, estes poderão ser direitos pecuniários, ou direitos morais⁵⁶⁸.

De entre os direitos pecuniários refiramos o direito à retribuição do árbitro internacional, que resulta do pagamento de prestações ao longo da arbitragem, por força dos serviços prestados às partes, tal como entendem a maioria dos sistemas nacionais⁵⁶⁹. Por outro lado, refira-se ainda o direito ao reembolso⁵⁷⁰ de despesas que tenham os árbitros, despesas que apenas serão devolvidas caso existam por força e consequência do exercício da atividade de árbitro na arbitragem comercial internacional. Refiram-se quanto a tais direitos pecuniários duas questões importantes: em primeiro lugar, as quantias associadas à retribuição dos árbitros, as prestações pagas, assim como as condições de reembolso de despesas são determinadas, essencialmente, pela prática internacional⁵⁷¹. Em segundo lugar, mencione-se que de tais direitos pecuniários resultarão obrigações fiscais para os árbitros internacionais, e que tal situação gera enorme controvérsia⁵⁷², entre a doutrina internacional, na medida de aferir qual a entidade estadual que se arrogará como competente para tributar esses mesmos rendimentos.

No que concerne aos direitos morais dos árbitros internacionais, estes são vistos igualmente como um mecanismo de proteção conferido àqueles. Deste modo, direitos como o da independência em relação às diretrizes das partes no que concerne à condução do processo arbitral internacional, o direito de exigir das partes cooperação na condução dos termos arbitrais, o direito à estabilidade do vínculo contratual do contrato

⁵⁶⁷ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 338.

⁵⁶⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 624.

⁵⁶⁹ Cfr. LE GALL, Jean-Pierre, "Fiscalité et arbitrage", in "*Revue de l'Arbitrage*", volume 1, ano de 1994, pps. 3-38, em especial nas pps. 6-7.

⁵⁷⁰ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 624.

⁵⁷¹ *Idem.*

⁵⁷² *Idem.*

de árbitro até ao final da arbitragem, o direito a manterem confidenciais as matérias do próprio processo, entre outros, são vistos como direitos morais dos árbitros internacionais⁵⁷³.

Finalmente, no que respeita aos poderes conferidos aos árbitros internacionais por força da assinatura do contrato de árbitro, seja por vontade das partes, seja por imposição legal, e geralmente sendo variáveis tais poderes entre diferentes Estados, destacam-se o poder de determinar a linguagem da arbitragem⁵⁷⁴, de exigir a presença, em determinada audiência, de uma testemunha que se encontre sobre o controlo das partes⁵⁷⁵, o poder de nomear peritos desde que tal se afigure necessário à boa decisão acerca do litígio⁵⁷⁶ e, finalmente, e que mais releva para o presente subcapítulo da dissertação em mérito, o poder de determinar qual o direito aplicável à convenção de arbitragem na falta de acordo entre as partes. É o que veremos de seguida.

2. – Métodos utilizados pelos árbitros internacionais na falta de acordo das partes quanto ao direito aplicável

Na escolha do direito aplicável ao mérito do litígio pelos árbitros, e quando as partes tenham olvidado a realização de um acordo relativamente à seleção do direito que desejam ver aplicado à causa na arbitragem, poderão aqueles seguir um de dois métodos tendentes à referida escolha: um método direto⁵⁷⁷, ou um método indireto⁵⁷⁸. Propomos de seguida a desvendar as principais características de cada uma das opções ao dispor dos árbitros internacionais, na medida em que importará refletir se de facto podem aqueles escolher diretamente, ou não, um determinado conjunto de normas que considerem ser de aplicar ao mérito da arbitragem⁵⁷⁹.

⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 627.

⁵⁷⁴ *Vide* o art. 19.º das regras de arbitragem da UNCITRAL.

⁵⁷⁵ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 319.

⁵⁷⁶ *Vide* o art. 29.º (1) das regras de arbitragem da UNCITRAL.

⁵⁷⁷ Comumente designado na doutrina como *voie directe*.

⁵⁷⁸ A que a doutrina geralmente associa ao método conflitual, em que os árbitros se socorrem de uma norma de conflitos para determinar o direito aplicável ao caso concreto.

⁵⁷⁹ Cfr. BROZOLO, Luca Radicti Di, e FRIEDMAN, Mark, e DE LY, Filip, *ob.cit.*, pp. 206.

2.1 – Método direto

O método direto foi adotado, de entre outras fontes da arbitragem comercial internacional, pela ICC⁵⁸⁰, pelo LCIA⁵⁸¹ e pelos Estados francês⁵⁸² e holandês⁵⁸³, numa tentativa de modernização e facilitação de escolha, pelos árbitros internacionais, do normativo aplicável ao mérito do litígio na falta de acordo nesse sentido entre as partes. Pretende-se pois a substituição do método conflitual⁵⁸⁴. Repare-se aqui na clara tendência e objetivo de deslocalização e independência da arbitragem em relação aos sistemas legais estaduais⁵⁸⁵, assim como em relação ao próprio DIP decorrente daqueles⁵⁸⁶. Na utilização deste método o árbitro não terá que se socorrer dos sistemas conflituais de qualquer legislação estadual, mas antes terá que identificar e aplicar o direito substantivo que julgue ser o mais apropriado para resolver o caso concreto⁵⁸⁷, num método que lhe confere plena liberdade de escolha aquando da falta de acordo das partes nesse sentido. De facto, seria estranho que tal liberdade fosse conferida aos árbitros quando existisse, pelas partes, a escolha do normativo aplicável⁵⁸⁸.

Tal liberdade justificar-se-á, na opinião de parte da doutrina que entende ser este o método adequado para proceder à escolha do direito, na medida em que caso as partes não operem a referida escolha, o árbitro é como que colocado no papel daquelas, ou seja, sem limitação quanto à livre escolha das normas que entende serem as mais adequadas a aplicar ao fundo da causa⁵⁸⁹. Assim, decorrente da autonomia conferida ao

⁵⁸⁰ Vide o art. 21.º (1) das regras de arbitragem da ICC – a adoção pela ICC do presente método, e por força da importância da instituição, fez com que a prática arbitral começasse a aceitar enquanto viável, e para alguns autores mesmo aconselhável, a sua utilização. Vejam-se, entre outros, as sentenças arbitrais n.º 4434 (1983), n.º 2689 (1977) e n.º 2645 (1983) do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC, consultados em RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pps. 434-435.

⁵⁸¹ Vide o art. 22.º (3) das regras de arbitragem do LCIA.

⁵⁸² Vide o art. 1496.º (1) do Código de Processo Civil Francês, na sua redação de 2011.

⁵⁸³ Vide o art. 1054.º (2) do Código de Processo Civil Holandês de 1986, na sua redação de 2011.

⁵⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”, in “*Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*”, Kluwer Law International, volume 3, n.º 2, ano de 2010, pps. 377-409, mais precisamente na pp. 382.

⁵⁸⁵ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 78.

⁵⁸⁶ Cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pp. 223.

⁵⁸⁷ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 36. De entre os vários preceitos substantivos à sua escolha, coloca-se novamente a questão da viabilidade de escolha de normas internacionais, como por exemplo a *lex mercatoria* – entre outros, cfr. CHUKWUMERIE, Okezie, *ob.cit.*, pp. 303.

⁵⁸⁸ Cfr. MAYER, Pierre, “Reflections on the International Arbitrator’s Duty to Apply the Law – The 200 Freshfields Lecture”, in “*Arbitration International*”, volume 17, n.º 3, ano de 2001, pps. 235-248, mais precisamente na pp. 239.

⁵⁸⁹ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 48. Somos desde já a referir que se nos assume enquanto não viável a posição adotada pelo Autor, na medida em que os árbitros não se encontram, em qualquer situação, em igual posição relativamente às partes, antes exercendo uma função jurisdicional na atividade que desenvolvem em sede de arbitragem comercial internacional.

árbitro no exercício das suas funções, poderá este determinar diretamente qual o direito que entende dever ser aplicado ao caso concreto, que deverá no entanto ser sempre “(...) o sistema mais consentâneo com a realidade que lhe é apresentada”⁵⁹⁰.

No entanto, apesar de não se encontrar vinculado a recorrer a uma norma de conflitos de um determinado sistema legal Estadual, pode o árbitro entender que de facto a utilização do sistema conflitual é condizente com a procura do direito mais apropriado ao caso concreto na arbitragem. Assim, poderá aquele recorrer ao método conflitual sem qualquer tipo de obstáculo, numa clara demonstração do quão liberal pretende o método em análise ser reconhecido⁵⁹¹. Deste modo, o método conflitual neste caso, embora não impedido, apresenta-se enquanto facultativo na escolha direta de preceitos materiais que resolvam, sem mais, o litígio em causa na arbitragem⁵⁹². Nesse sentido, poderá o árbitro, segundo o seu próprio julgamento e sob sua responsabilidade, proceder da maneira que entende ser a mais apropriada no sentido de garantir uma melhor decisão arbitral, entendendo alguma doutrina que pese embora deva ser utilizado um determinado método de escolha decorrente do DIP no processo de escolha do direito – diga-se, o método conflitual -, estará o árbitro dispensado de proceder à explicação ou justificação subjacentes à escolha por si realizada⁵⁹³. Isto sem prejuízo da fundamentação da decisão em sede de arbitragem comercial internacional que os árbitros devem prestar, tendo em conta as legítimas expectativas das partes⁵⁹⁴.

Para alguns autores, a possibilidade de o árbitro internacional determinar com liberdade a *lex causae* aplicável tenderá a contornar parte da incerteza subjacente à

⁵⁹⁰ Cfr. MIMOSO, Maria João, *ob.cit.*, pp. 213.

⁵⁹¹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law”, in “*The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*”, editado por Lawrence W. Newman e Richard D. Hill, Juris Publishing, ano de 2014, pps. 185-216, mais precisamente na pp. 205.

⁵⁹² Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 20. Ainda assim, GRIGERA NAÓN defende que mesmo que os árbitros internacionais recorram ao método direto de escolha do direito, devem sempre confirmar, a final, da compatibilidade da sua decisão com os sistemas legais que tenham contacto com aquela arbitragem – cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pp. 192.

⁵⁹³ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 223. Em igual sentido, cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 255. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN referem mesmo que os árbitros recorrem na maior parte das vezes a elementos de conexão típicos das normas de conflitos, na busca pelo direito aplicável ao mérito do litígio – cfr. FOUCHARD, Phillippe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 877. Em sentido oposto, e por força da análise do disposto do art. 52.º (2) da NLAV, DÁRIO MOURA VICENTE entende existir a necessidade do árbitro fundamentar a decisão tomada, posição por nós perfilhada, na medida em que se apresenta enquanto garantia de um processo equitativo e transparente – cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 47.

⁵⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 180.

utilização dos sistemas conflituais de escolha do direito⁵⁹⁵. Somos a discordar de tal afirmação, porquanto a utilização do método direto claramente afeta mais a previsibilidade e a segurança jurídica inerentes à atuação dos agentes no comércio internacional, aumentando inclusivamente o leque de opções do árbitro no que diz respeito à escolha de uma lei nacional, de normas internacionais, ou ainda dos termos do contrato como direito regulador do mérito do litígio numa particular arbitragem⁵⁹⁶.

Cumprir reiterar que devem sempre os árbitros, na escolha do direito, sigam o método direto ou o conflitual, respeitar e atender aos termos contratuais celebrados entre as partes, assim como aos usos e costumes do comércio internacional, cumprindo assim o seu dever de respeito pelo espírito das mais variadas fontes de arbitragem comercial internacional já estudadas⁵⁹⁷.

FERRER CORREIA menciona que caso o árbitro escolha, sem mais, um determinado direito substantivo, tal colocará o presente método próximo do método de escolha de lei em função do resultado, ressaltando o Autor que no método direto o árbitro deve sempre “(...) comparar criticamente os resultados a que levaria a aplicação dos sistemas jurídicos conexos com o caso”. Tal pode comportar consequências criticáveis segundo o Autor⁵⁹⁸. Nesse mesmo processo de comparação crítica exigir-se-iam ao árbitro conhecimentos jurídicos aprofundados que, pese embora a enorme especialização dos árbitros internacionais, pode nem possuir, sem prejuízo de que não raras vezes o árbitro é escolhido por força dos seus conhecimentos em áreas que não se apresentam enquanto jurídicas⁵⁹⁹. Entre outras críticas apontadas a este método, e em resposta às teorias que colocam os árbitros na posição das partes quando estas não acordem na escolha do direito, refira-se que parte da doutrina entende apenas ser possível tal escolha do direito, à luz do princípio da autonomia da vontade, com recurso a um sistema conflitual privado internacional, o que claramente o presente método não

⁵⁹⁵ O que segundo GARY BORN não funciona através da utilização do presente método, já que a utilização deste acarretará problemas maiores de incerteza e previsibilidade decorrentes dos próprios instintos dos árbitros que decidem, que podem antes ser garantidos de forma mais eficiente na utilização do método conflitual, especialmente contruído para estruturar a decisão da escolha do direito segundo parâmetros que garantam um certo grau de segurança para as partes na arbitragem – cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 242.

⁵⁹⁶ Cfr. DANILOWICZ, Vitek, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, in “*Hastings International and Comparative Law Review*”, volume 9, ano de 1986, pps. 235-276, mais precisamente na pp. 268.

⁵⁹⁷ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 21.

⁵⁹⁸ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 250.

⁵⁹⁹ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 9.

permite. Ou seja, se devem as partes socorrer-se de normas de conflitos, também o deverá fazer o tribunal arbitral⁶⁰⁰. Por outro lado, poderá consistir tamanho poder e liberdade na mão dos árbitros algo que tende a uma solução que se não afigure como a mais correta no caso específico, apresentando-se mesmo enquanto subjetiva⁶⁰¹, porquanto aquilo que os árbitros assumem como sendo o direito mais apropriado poderá, em várias situações, não o ser. De facto, a sua avaliação pessoal acerca das circunstâncias do litígio poderá inclusivamente levar a uma solução que não seja expectável pelos contraentes⁶⁰², o que tenderá a gerar insegurança e incerteza jurídicas⁶⁰³, algo indesejável. Ora, o árbitro deve ter sempre em atenção que deve decidir acerca da escolha do direito aplicável da forma mais aceitável e razoável possível aos olhos das partes, de modo a criar as condições adequadas para o reconhecimento da sentença derivada da sua decisão⁶⁰⁴. Colocar-se-á finalmente a questão de que a decisão arbitral seja manifestamente arbitrária e parcial, possibilidade referida por MORENO RODRÍGUEZ⁶⁰⁵, o que se não nos afigura enquanto condizente com o carácter de meio por excelência de resolução de litígios comerciais internacionais, que entendemos ser de aplicar à arbitragem.

O método direto em análise encontra-se já enraizado em várias e importantes fontes da arbitragem comercial internacional, gozando portanto de um estatuto de consagração e legitimidade de aplicação acrescidos no âmbito da *praxis* arbitral. Contudo, somos a subscrever as preocupações apresentadas enquanto críticas à utilização de tal método, pelo que em nosso entender, caso se aceite sem mais a sua consagração, seria de todo desejável e apropriada a exigibilidade de fundamentação, pelo árbitro, das decisões tomadas no exercício das suas funções. Caso tal não suceda, podem sobre o instituto da arbitragem comercial internacional começar a recair desconfianças e dúvidas já ultrapassadas, mas que sempre pendem sob a sua

⁶⁰⁰ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 36 – a Autora admite contudo que poderia ser apropriada a utilização do método direto no caso de este permitir aos árbitros a escolha do sistema conflitual de forma livre, sendo que a partir daí seguir-se-iam os trâmites desse mesmo sistema, apresentando no entanto preocupações relativamente à insegurança e imprevisibilidade que tal método poderia gerar, sempre indesejáveis.

⁶⁰¹ O argumento da subjetividade da decisão dos árbitros nem sempre é aceite entre a doutrina – entre outros, cfr. MUKHOPADHYAY, Tapobrata, “The Possible Conflict of Law Rules employed in International Commercial Arbitration to discern the Governing Law: an Analysis”, in “*Indian Journal of Arbitration Law*”, volume 2, n.º 2, Novembro do ano de 2013, pps. 110-125, mais precisamente na pp. 123.

⁶⁰² Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 251.

⁶⁰³ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in Voluntary...”, *ob.cit.*, pp. 190.

⁶⁰⁴ Cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pp. 190.

⁶⁰⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 181.

legitimidade de utilização. Tal solução visaria, em especial, a regulação e controlo das considerações teleológicas e orientadas para os resultados caracterizadoras quer do método da via direta, quer de algumas teorias que suportam e se apoiam na desnacionalização da arbitragem⁶⁰⁶.

2.2 – Utilização de normas de conflitos

DÁRIO MOURA VICENTE afirmava já em 1990 que por força de a sentença arbitral poder vir a ser considerada ineficaz em algum dos Estados com ligações à arbitragem, “(...) o problema dos conflitos de leis na arbitragem internacional é, na perspectiva do árbitro, insolúvel”⁶⁰⁷. Reconhecendo as dificuldades inerentes à resolução de tal problemática, não será este o local em que nos propomos a idealizar uma concreta solução que se afigure enquanto esclarecedora em razão da determinação do direito aplicável ao mérito da causa em sede de arbitragem comercial internacional.

Existem importantes fontes do instituto da arbitragem comercial internacional que optaram por consagrar o método conflitual enquanto ferramenta necessária para que o árbitro proceda à escolha do direito aplicável ao mérito da causa⁶⁰⁸. Entre outras,

⁶⁰⁶ Cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pp. 190.

⁶⁰⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pps. 83-84.

⁶⁰⁸ Entre outros, e para um estudo mais aprofundado acerca da importância quer do método conflitual em geral, quer na escolha do direito aplicável na arbitragem comercial internacional, *vide* MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C., “Nótulas de Direito Internacional Privado”, reimpressão, *Quid Juris*, ano de 2011, e KERHUEL, Anne-Julie, “La cession de contrôle en droit international privé”, in “*Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-37*”, Julho do ano de 2010, e PETSCHKE, Markus A., “International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory”, in “*Michigan State Journal of International Law*”, volume 18, n.º 3, ano de 2010, pps. 453-493, e CURRIE, Brainerd, “Notes on methods and objectives in the conflict of laws”, in “*Duke Law Journal*”, volume 1959, n.º 2, ano de 1959, pps. 171-181, e MACHADO, João Baptista, “Lições de Direito Internacional Privado”, Almedina, 3.ª edição atualizada, reimpressão, Abril do ano de 2012, e CARLQUIST, Helena, “Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration”, dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Svante O. Johansson, “*Department of Law – School of Business, Economics and Law – Goteborg University*”, ano de 2006, e CORREIA, A. Ferrer, “Lições de Direito Internacional Privado I”, Almedina, 4.ª Reimpressão da Edição de Outubro de 2000, ano de 2013, e EHRENZWEIG, Albert A., “Choice of Law: Current Doctrine and True Rules”, in “*California Law Review*”, volume 49, n.º 2, artigo n.º 3, Maio do ano de 1961, pps. 240-253, e SANTOS, António Marques dos, “Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público”, Almedina, Janeiro do ano de 2004, e MICHAELS, Ralf, e PAUWELYN, Joost, “Conflict of Norms or Conflict of Laws? : Different Techniques in the Fragmentation of International Law”, in “*Duke Journal of Comparative & International Law*”, volume n.º 22, ano de 2011, pps. 349-379, e SCOLES, Eugene F., “Interstate and International Distinctions in Conflict of Laws in the United States”, in “*California Law Review*”, volume 54, n.º 4, artigo 8, Outubro do ano de 1966, pps. 1599-1623, e LORENZEN, Ernest G., “Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, in “*Yale Law Journal*”, volume n.º 33, ano de 1923, pps. 736-751, e CAVERS, David F., “A Critique of the choice-of-law Problem”, in “*Harvard Law Review*”, volume XLVII, n.º 2, Dezembro do ano de 1933, pps. 173-208, e O’HARA, Erin Ann, e RIBSTEIN, Larry E., “Conflict of laws and choice of law”, in “*University Illinois Law & Economics Research Paper n.º LE-09-030*”, de 3

refira-se aqui o previsto no art. 28.º (2) da Lei-Modelo da UNCITRAL, ou no art. VII (1) da Convenção Europeia de 1961⁶⁰⁹.

Numa solução considerada por alguma doutrina mais rígida⁶¹⁰, com a implementação do presente método pretende-se que os árbitros internacionais, de modo a decifrarem qual o direito que irá regular o fundo do litígio na arbitragem, se guiem pelas remissões das normas de conflitos que considerem ser aplicáveis no caso concreto. Tal consideração deve ser levada a cabo em função da “(...) natureza da questão de direito a resolver, enquanto problema susceptível de se reproduzir e apresentar numa multiplicidade de situações (...)”, levando sempre em linha de conta o caso com que se deparam na sua globalidade, não restringindo a sua atenção a concretas especificidades que este apresente⁶¹¹. Segundo DÁRIO MOURA VICENTE, na utilização do método conflitual, deverão os árbitros examinar todas as circunstâncias decorrentes da relação contratual que liga as partes, no sentido de localizar os sistemas legais que com elas apresentem uma conexão suficientemente relevante, e que permita remeter para as suas normas de conflitos⁶¹². A partir daí, caberá ao tribunal arbitral estabelecer quais as normas de conflitos que entende adequadas e aplicáveis ao caso concreto, e seguir as remissões por aquelas estabelecidas⁶¹³. Compreende-se portanto este método enquanto implicador de dois passos para os árbitros: primeiro devem escolher a(s) norma(s) de

Novembro do ano de 2009, e DAVID, René, “The Methods of Unification”, in “*American Journal of Comparative Law*”, volume 16, ano de 1968, pps. 13-27, e DERAIS, Yves, “The ICC International Court of Arbitration Bulletin”, Volume 6, n.º 1, Outubro, ano de 1995, e LEW, Julian, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, in “*ICCA Congress Series*” n.º 14, Paris, ano de 1998, e BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 2001 – Volume XXVI”, Kluwer Law International, ano de 2001, e GAILLARD, Emmanuel, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, in “*ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*”, Oxford Journals, volume 10, n.º 2, ano de 1995, pps. 208-231, e BORN, Gary B., “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, in “*Singapore Academy of Law Journal*”, volume n.º 26, ano de 2014, pps. 814-848.

⁶⁰⁹ Na redação de ambos os artigos pode-se ver que na falta de designação das partes do direito aplicável, devem os árbitros aplicar a lei designada pela norma de conflitos que considerar aplicável.

⁶¹⁰ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 47.

⁶¹¹ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 248.

⁶¹² Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in Voluntary...”, *ob.cit.*, pp. 191. O Autor refere alguns exemplos do que poderá ser considerado uma conexão significativa na utilização do presente método de escolha do direito aplicável: em matérias contratuais, o direito do local onde as partes tenham a sua sede efetiva e não estatutária; no caso de direitos reais, será conexão relevante o local onde se situem os bens objeto daqueles direitos. Todos estes elementos de conexão podem ser observados, por exemplo, no art. 4.º da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 relativa às leis aplicáveis às obrigações contratuais.

⁶¹³ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 35. Cfr. HARRIS, Bruce, e PLANTEROSE, Rowan, e TECKS, Jonathan, “The Arbitration Act 1996 – A Commentary”, Blackwell Publishing, 4.ª edição, ano de 2007, pp. 228.

conflitos a utilizar, e de seguida determinar, à luz do preceituado nessas normas, qual o direito material aplicável à causa⁶¹⁴.

Aquando da procura pelas normas de conflitos aplicáveis, à partida os árbitros internacionais não gozam de qualquer restrição imposta por estipulações imperativas e que funcionem como restrição à sua atuação⁶¹⁵. Contudo, GARY BORN alerta que “[the] arbitrators’ freedom to select the “appropriate” conflicts rule should not be understood to permit unfettered discretion (...)”, na medida em que entende que devem os árbitros guiar-se, nesta busca, segundo as disposições do conjunto de normas constantes do direito considerado aplicável à convenção de arbitragem comercial internacional, assim como ao processo arbitral⁶¹⁶.

Embora o presente método seja entendido por alguns autores enquanto conservativo, os seus defensores justificam que este deverá ser utilizado, quando comparado com o método direto, na medida em que não se deve conferir aos árbitros poderes iguais ou mais alargados que aqueles que são conferidos, pelas fontes da arbitragem comercial internacional, às partes contraentes⁶¹⁷. Sucede ainda que por força da utilização do presente método, e contrariamente ao que sucede no método analisado no subcapítulo imediatamente precedente, não existirá a possibilidade de os árbitros escolherem normas de cariz internacional, como a *lex mercatoria*, porquanto inclusivamente a função das normas de conflitos passa pela remissão para as normas materiais de um determinado “(...) ordenamento jurídico nacional que tenha com o caso *sub iudice* a conexão mais forte ou estreita”⁶¹⁸.

Cumprido desde logo clarificar que existe divergência na doutrina relativamente à natureza da norma de conflitos a utilizar pelo tribunal arbitral, já que embora alguns autores entendam ser necessária a aplicação de uma norma de conflitos presente nos sistemas positivos de DIP dos Estados com os quais aquele considere existir uma conexão relevante, outros autores defendem que pode o árbitro formular ele próprio uma norma de conflitos que lhe permita abster-se das imposições daqueles sistemas de

⁶¹⁴ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 77.

⁶¹⁵ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 17.

⁶¹⁶ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 239.

⁶¹⁷ Cfr. HERRMANN, Gerold, *ob.cit.*, pp. 559.

⁶¹⁸ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 8.

DIP⁶¹⁹. FERRER CORREIA entende, na esteira desta segunda vertente, que o árbitro deve procurar, de forma livre, o nexa mais relevante no caso específico, contruindo portanto a sua própria norma de conflitos que remeterá para um sistema legal que dará a resposta material à questão de direito controvertida – expressão do princípio da autonomia dos árbitros em sede de arbitragem comercial internacional⁶²⁰. No entanto, afigurar-se-á tarefa árdua a construção de uma norma de conflitos *ad-hoc* que se possa considerar mais apropriada a dar resposta ao preciso litígio arbitral, porquanto as normas de conflitos, por natureza, são abstratas, não sendo fácil portanto utilizar este processo de forma a conferir a segurança e a objetividade na escolha⁶²¹. Ora, o que resulta de comum à utilização do método em ambas as suas vertentes é que o tribunal arbitral deve sempre seguir a remissão efetuada pela norma de conflitos utilizada, e a partir daí aplicar as regras de direito material com vista à resolução do litígio comercial internacional. Acresce ainda que na busca pela norma de conflitos que será aplicável, os árbitros internacionais gozam de uma flexibilidade em comparação com a atuação dos juízes estaduais, reflexo da ausência de foro no contexto arbitral internacional, característica marcante deste instituto⁶²². Os adeptos da primeira vertente enunciada, que defende a busca de normas de conflitos entre os sistemas conflituais já existentes, reclamam o afastamento das normas de conflitos dos sistemas legais não relevantemente ligados à disputa, antes optando por utilizar aquelas que pertençam ao sistema legal que se encontre, real e efetivamente, ligado ao caso concreto⁶²³.

No que respeita à efetiva escolha da norma de conflitos a utilizar, por parte do tribunal arbitral, podemos deparar-nos com várias possibilidades que foram surgindo de entre a doutrina e jurisprudência no âmbito do desenvolvimento da arbitragem comercial internacional⁶²⁴. No caso de ser adotada a vertente que se rege pela orientação do árbitro no sentido de alcançar uma norma de conflitos pertencente a um eventual sistema legal, refira-se desde já que nem sempre os árbitros utilizam apenas uma norma de conflitos, porquanto não existe sempre apenas um sistema legal que com o litígio apresente uma real conexão⁶²⁵. De tal situação surge que o tribunal arbitral deverá

⁶¹⁹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp 19.

⁶²⁰ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pps. 248-249.

⁶²¹ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 875.

⁶²² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *ob.cit.*, pp.382.

⁶²³ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 18.

⁶²⁴ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 35.

⁶²⁵ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 254.

seguir uma de duas opções viáveis e eficazes no sentido de identificar a(s) norma(s) de conflitos a utilizar: ou adota um sistema que permita cumular todas as normas de conflitos que considere relevantes, ou ao invés opta por escolher uma das que se afiguram passíveis de aplicar ao caso concreto.

No que diz respeito à aplicação cumulativa de normas de conflitos conexas com o litígio – método da aplicação cumulativa pelo árbitro dos sistemas de conflitos de leis interessadas na disputa -, num método que emergiu dos estudos e práticas internacionalistas dos EUA e que se ficou a dever à necessidade de resolução de falsos conflitos de direito aplicável a determinadas situações⁶²⁶, deparamo-nos com uma possibilidade justificada de escolha de normas de conflitos que é direcionada para a aceitação da decisão quer pelas partes, quer pelos ordenamentos jurídicos interessados, já que o conjunto de normas identificadas remetem de forma consensual para a aplicação de um mesmo sistema legal⁶²⁷. Este método permitirá aos árbitros analisar todas as normas de conflitos dos diferentes sistemas legais em contacto com a arbitragem, num estudo comparativo com o objetivo de verificar se todas elas apontam numa mesma direção⁶²⁸, assegurando sempre uma decisão que se afigurará enquanto neutra e, dentro do que foi denunciado pelas partes, previsível⁶²⁹. Contudo, somos a advertir que o presente método não será passível de ser aplicado quando existam normas de conflitos que apontem em direções contrárias, como não raras vezes sucede nas arbitragens multi-partes, características da arbitragem em sede de comércio internacional⁶³⁰. Existe portanto uma razão de proporcionalidade inversa entre a vantagem que apresenta a utilização do presente método e a quantidade de normas de conflitos que o árbitro internacional considera enquanto objetivamente conexas com a própria arbitragem: quanto maior o número de conexões, menor probabilidade existe de que seja passível e adequado utilizar a escolha cumulativa das normas de conflitos com conexão relevante com a causa⁶³¹. Ora, quando exista concordância entre remissões que estabelecem as várias normas de conflitos identificadas pelos árbitros,

⁶²⁶ Cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pps. 244-245; cfr. CHUKWUMERIJE, Okezie, *ob.cit.*, pp. 300.

⁶²⁷ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pps. 254-255.

⁶²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 174.

⁶²⁹ Cfr. MUKHOPADHYAY, Tapabrata, *ob.cit.*, pp. 118.

⁶³⁰ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 240.

⁶³¹ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 175.

será de aproveitar tal consenso de forma a dar voz às expectativas das partes⁶³², numa solução altamente previsível e desejável⁶³³. Aliás, esta é a que consideramos a solução mais previsível em matéria de escolha das normas de conflitos tendentes a determinar o direito aplicável ao mérito do litígio, já que se todas as normas ligadas ao litígio remetem para um mesmo sistema legal, e para um mesmo resultado material, as partes jamais poderão arguir que a decisão de aplicação do direito para o qual as normas remeteram conjuntamente não era esperada⁶³⁴. Este entendimento goza de aceitação entre a jurisprudência arbitral: veja-se a sentença do tribunal arbitral da ICC n.º 953 (1956), que confirmou que quando todas as normas de conflitos dos sistemas legais que estejam em evidente e real contacto com a arbitragem apontem na mesma direção, remetendo a resolução da questão jurídica controvertida à luz do mesmo direito material, será de as aplicar cumulativamente, garantindo que a escolha do direito aplicável ao mérito pelos árbitros provém indubitavelmente de estipulação contratual que liga as partes, permitindo aumentar o grau de previsibilidade da solução da arbitragem⁶³⁵.

Contudo, quando a convergência necessária à aplicação cumulativa de várias normas de conflitos se não verifique, tenderão os árbitros a escolher uma daquelas que consideram estar objetivamente ligada à arbitragem, baseando a sua escolha num princípio de direito conflitual, sempre levando em consideração os princípios gerais de DIP⁶³⁶. Ora, não estando os árbitros internacionais vinculados a qualquer foro e respetivo sistema legal, podendo abster-se aplicar as normas de conflito do lugar da arbitragem, não raras vezes aqueles recorrerão aos princípios gerais de DIP com o objetivo de determinar qual a norma de conflitos que deverão aplicar ao caso específico⁶³⁷.

A utilização dos princípios gerais de DIP é justificada pela presunção de existência de regras comuns aos diferentes sistemas conflituais estaduais, o que permitirá controlar e adequar a escolha da norma a utilizar ao que poderia, em maior ou

⁶³² Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 8.

⁶³³ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pps. 203-204.

⁶³⁴ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 872.

⁶³⁵ Cfr. CHUKWUMERIE, Okezie, *ob.cit.*, pp. 301.

⁶³⁶ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pps. 255.

⁶³⁷ Cfr. MUKHOPADHYAY, Tapobrata, *ob.cit.*, pp. 120.

menor grau, ser esperado pelas partes⁶³⁸. Caso fosse possível identificar um concreto e objetivo conjunto de regras e princípios passíveis de serem considerados enquanto normas de conflitos internacionais válidas e globalmente reconhecidas, dotadas de grande previsibilidade de aplicação, situação que à data não se verifica, tal seria tendente a dar resposta aos objetivos das partes aquando da decisão de submeterem à arbitragem os seus litígios decorrentes do comércio internacional, como a neutralidade, a previsibilidade e o facto de a decisão gozar de força vinculativa a nível internacional⁶³⁹. Pese embora os sistemas legais de DIP sejam vários e diferentes entre si, caso os árbitros procurem os princípios gerais de DIP em decisões arbitrais e em instrumentos internacionais relevantes⁶⁴⁰, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN entendem que de alguma maneira aqueles se suportarão num consenso em certo grau generalizado relativamente à matéria em análise, pelo que poderá ser benéfica a utilização do método em estudo⁶⁴¹. Contudo, aqueles instrumentos que consagram princípios que possam ser considerados comuns, constituindo assim um corpo de princípios gerais de DIP, deverão ser cuidadosamente analisados pelos árbitros, na medida em que tais normas “(...) apresentam dissemelhanças no modo como concretamente regulamentam os aludidos princípios (...)”, o que faz DÁRIO MOURA VICENTE preferir a aplicação de normas de conflitos positivas⁶⁴². Na escolha da precisa norma de conflitos que entendem ser aplicável, os árbitros poder-se-ão apoiar em vários elementos de conexão, como a nacionalidade das partes, ou o seu domicílio, o lugar da arbitragem, o local da assinatura do contrato ou o local de execução daquele, ou ainda o habitual local em que as partes desenvolvem as suas atividades comerciais. Tal permitir-lhes-á identificar os sistemas conflituais desses mesmos países, analisar o sistemas legais para os quais remetem, e de seguida escolher o direito que considerem aplicável⁶⁴³. Segundo a nossa opinião seria oportuno que a doutrina, a par com a jurisprudência e as fontes da arbitragem comercial internacional, se dedicassem a estabelecer critérios objetivos e rigorosos que permitissem a adoção de uma atuação, por parte das árbitros internacionais, com que as partes pudessem legitimamente contar

⁶³⁸ Cfr. CHUKWUMERIE, Okezie, *ob.cit.*, pps. 302-303.

⁶³⁹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 240.

⁶⁴⁰ Pense-se, entre outros, na Convenção de Roma de 1980, no Regulamento Roma I de 2008, ou ainda na Convenção Internacional das Nações Unidas de Viena, ano de 1980, que regula os contratos internacionais de venda de bens.

⁶⁴¹ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 874.

⁶⁴² Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 87.

⁶⁴³ Cfr. KUHN, Wolfgang, *ob.cit.*, pp. 150.

em matéria de seleção das conexões atendíveis, já que tal uniformização de entendimentos poderia levar a um incremento de segurança, certeza e previsibilidade jurídicas.

Durante longos anos a doutrina e jurisprudência arbitrais, principalmente os defensores da teoria territorial da arbitragem⁶⁴⁴, sustentavam pela aplicação das normas de conflitos, pelos árbitros, do lugar da arbitragem - *lex arbitri* -, tal qual um juiz estadual se encontra vinculado a aplicar as normas de conflito do foro. MARGARET MOSES escreveu que a utilização das normas de conflitos do lugar da arbitragem poderá resultar de vários motivos, rejeitando no entanto que deva ser esse o fator orientador da escolha. Tal fará ainda menos sentido quando as partes submetam a arbitragem a um centro institucionalizado, como a ICC ou o LCIA, não tendo definido em sede de convenção qual o lugar da arbitragem, antes remetendo tal decisão para o centro⁶⁴⁵. A crença acerca da utilidade subjacente à aplicação do sistema conflitual do lugar da arbitragem foi sendo abandonada, muito por força do entendimento hoje generalizado de que a arbitragem internacional não tem um foro, e que o lugar da arbitragem é selecionado pelas partes pelas mais diversas razões que não a qualidade e características do seu sistema conflitual⁶⁴⁶. De facto, não existe para os árbitros internacionais esse mesmo dever, imposto antes aos juízes estaduais, de aplicação do sistema conflitual do foro⁶⁴⁷. Segundo MARC BLESSING, a escolha do sistema conflitual do lugar da arbitragem comportaria o problema que “(...) *such application has indeed failed to respond to two basic expectations of the business community, namely (i) appropriate certainty and (ii) foreseeability of its result*”⁶⁴⁸.

Como já referimos, foi alterado nos dias de hoje esse entendimento, no sentido de os árbitros internacionais serem libertos dos vínculos que até então se entendia serem de estabelecer entre aquele e as perceções do lugar da arbitragem⁶⁴⁹. Não obstante, existe doutrina que, reconhecendo que não se encontram os árbitros vinculados ao dever

⁶⁴⁴ Cfr. DANILOWICZ, Vitek, *ob.cit.*, pp. 259.

⁶⁴⁵ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 77.

⁶⁴⁶ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 234.

⁶⁴⁷ Cfr. MAYER, Pierre, “Reflections on the International Arbitrator’s Duty to Apply the Law – The 2000 Freshfields Lecture”, *ob.cit.*, pp. 238. Em sentido diametralmente oposto, cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, “Law applicable to the merits of the arbitration dispute (an overview of the English, Swiss and French arbitration laws)”, *ob.cit.*, pp. 40.

⁶⁴⁸ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 220.

⁶⁴⁹ *Idem.*

de aplicar essas normas de conflitos, entende ainda assim ser de o fazer⁶⁵⁰. Tal ficará a dever-se ao facto de assim se limitar a liberdade do árbitro na escolha de normas de conflitos que possam seleccionar. Ora, estabelecida tal restrição, criar-se-á alguma segurança para as partes na arbitragem, assim como se utilizará aquele que é entendido como o método mais antigo de escolha de normas de conflitos que regulem o direito aplicável ao mérito da causa⁶⁵¹: a seleção do direito do “foro”.

Entre outras hipóteses, refira-se que em busca da *lex causae* apontava-se no seio da *praxis* arbitral enquanto válida a escolha das normas de conflitos da lei pessoal do árbitro internacional – na medida em que este tinha uma maior familiaridade com o sistema legal do local de onde é nacional, posição hoje em dia completamente descartada pela principal doutrina arbitral⁶⁵² –, ou as normas de conflitos do Estado que teria jurisdição sob a causa caso não existisse uma convenção de arbitragem válida – na medida em que caberia àquele tribunal estadual julgar o litígio caso não operassem os efeitos negativos da convenção de arbitragem internacional. Propunha-se igualmente a adoção das normas de conflitos do local onde a sentença arbitral se pretendia ver reconhecida e executada, assim como as normas de conflitos do Estado com a conexão mais próxima ao objeto da arbitragem⁶⁵³, as normas de conflitos do lugar da conclusão do contrato, a “*lex locus contractus*”⁶⁵⁴, ou do lugar onde o contrato devesse ser executado, a “*lex locus solutionis*”⁶⁵⁵.

Segundo RUBINO-SAMMARTANO, e devido à entrada em vigor da Convenção de Roma de 1980, pode ainda suceder que os árbitros internacionais dêem primazia à aplicação das normas de conflitos do sistema legal do domicílio da parte na arbitragem a quem cabe a execução do que é preceituado no contrato que deu origem à resolução do conflito por via arbitral⁶⁵⁶. Por outro lado, DÁRIO MOURA VICENTE opta antes por defender a aplicação das normas de conflitos que vigorarem no direito

⁶⁵⁰ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pp. 204.

⁶⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 172; cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems...”, *ob.cit.*, pps. 229-230.

⁶⁵² Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 239 e RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pps. 429-430.

⁶⁵³ Cfr. DANILOWICZ, Vitek, *ob.cit.*, pps. 261-265.

⁶⁵⁴ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 233. Contudo, a utilização desta conexão deixa nos presentes dias de apresentar importância, porquanto a maior parte dos contratos internacionais são hoje assinados via *e-mail* ou via *fax*, ou num local ao qual não é conferida qualquer importância, por força de ser meramente o local onde as partes se reuniram e celebraram o contrato que inclui uma convenção de arbitragem internacional.

⁶⁵⁵ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 431.

⁶⁵⁶ *Idem.*

que as partes, ou os árbitros internacionais, selecionaram enquanto aplicável ao processo arbitral, já que aquele exercerá função análoga à *lex fori* num processo cujos trâmites corram no âmbito de jurisdição estadual. Desse entendimento resultará inclusivamente uma solução que protege a eficácia da sentença arbitral de modo mais elevado, em situações em que se possa considerar possível a revisão do mérito da sentença arbitral⁶⁵⁷. No entanto, essa mesma possibilidade afigura-se hoje em dia enquanto rejeitada de modo quase generalizado quando em causa esteja uma sentença arbitral internacional.

Fruto da diversidade global com que se depara a arbitragem comercial internacional, em diferentes ordenamentos jurídicos entender-se-á de modo diverso quais as conexões relevantes que devem determinar a utilização de uma específica norma de conflitos⁶⁵⁸. Ora, o que resulta da multiplicidade de possibilidades ao dispor dos árbitros tenderá a gerar nas partes insegurança e incerteza ao nível da seleção do direito aplicável, o que poderá ser prejudicial à evolução deste instituto de resolução de litígios comerciais internacionais⁶⁵⁹. Assim sendo, na nossa opinião, deveriam ser selecionados critérios objetivos que determinassem as conexões que os árbitros deveriam levar em linha de conta aquando da seleção das normas de conflitos a utilizar⁶⁶⁰, ainda que tal tarefa se assuma enquanto problemática, fruto da diversidade social, cultural, política e económica atualmente verificada ente os inúmeros Estados e respetivos particulares que utilizam a arbitragem como meio de resolução por excelência de litígios comerciais internacionais.

⁶⁵⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pps. 92-93.

⁶⁵⁸ Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pp. 77.

⁶⁵⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 177.

⁶⁶⁰ Não caberá, neste ponto, desenvolver quais as hipóteses que seriam viáveis e mais adequadas ao estabelecimento de conflitos, nem opinar acerca de quem teria capacidade, ou legitimidade, para os selecionar. Antes pretendemos apenas alertar para o quão útil poderia afigurar-se o seu estabelecimento.

3. – A conexão mais estreita enquanto critério de escolha do direito aplicável

O critério da conexão mais estreita tem vindo a assumir especial importância desde a respetiva consagração em instrumentos internacionais de acrescido relevo, como a Convenção de Roma de 1980, o Regulamento Roma I⁶⁶¹, assim como desde o início de vigência do *Second Restatement Rules* norte-americano, que adotou pela primeira vez este critério, numa tentativa de flexibilizar o DIP⁶⁶². Pese embora ambos os instrumentos europeus venham a consagrar os fatores que efetivamente entendem ser indicadores da conexão mais estreita para efeitos de obrigações contratuais, ambos firmemente defendem que “(...) *the closest connection should govern a contract*”, assim como que “(...) *the closest connection is generally best determined by the conflicts concept of characteristic performance*”⁶⁶³. Consagra nesse sentido o Regulamento Roma I, no seu art. 4.º (3), uma cláusula de “fuga” – cuja criação suscitou um debate aceso, se não o mais relevante, aquando da criação do próprio Regulamento⁶⁶⁴ - que permite que a escolha do direito se baseie numa conexão mais estreita que aquela que o próprio Regulamento sugere, desde que comprovadas e relevantes razões apontem para que de facto o novo direito escolhido esteja de forma mais próxima relacionado com o caso em questão⁶⁶⁵. Assim, a “(...) regra da conexão mais estreita é subsequentemente concretizada num conjunto de conexões susceptíveis de serem afastadas quando, no caso concreto, não resultarem na competência da conexão mais estreita”⁶⁶⁶. Para efeitos dos instrumentos europeus, tem sido considerado como sistema legal que possui uma conexão estreita ao caso em específico aquele que reja um ou vários contratos que com o contrato em cujo problema se suscita apresentam ligações claras, sendo que tal situação “(...) *refers to the accessory determination of the applicable law by which a main contract for which the parties may have for instance chosen the law can ‘infect’*

⁶⁶¹ Vide os arts. 4.º de cada um dos normativos indicados.

⁶⁶² Cfr. YU Shuhong e XIAO, Yongping e, WANG Baoshi, “The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China”, in “*Chinese Journal of International Law*”, volume 8, n.º 2, ano de 2009, pps. 423-439, mais precisamente na pp. 423.

⁶⁶³ Cfr. FERRARI, Franco, e LEIBLE, Stefan, “Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, GmbH sellier european law publishers, Munique, ano de 2009, pp. 28.

⁶⁶⁴ Cfr. CALLIESS, Galf-Peter, “Rome regulations: commentary on the european rules of the conflict of laws”, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, ano de 2011, pp. 98.

⁶⁶⁵ Cfr. FERRARI, Franco, e LEIBLE, Stefan, *ob.cit.*, pp. 28.

⁶⁶⁶ Cfr. TELES, Eugénia Galvão, “Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita”, in “*Estudos de Direito Comercial Internacional*”, coordenação de Luís de Lima Pinheiro, Almedina, volume n.º 1, Abril do ano de 2004, pps. 63-141, mais precisamente na pp. 63.

*an ancillary contract*⁶⁶⁷. Deste modo, para o art. 4.º (3) do Regulamento Roma I importará a demonstração das circunstâncias que impõem claramente que existe uma conexão mais estreita que a estabelecida nos termos do art. 4.º (1) e (2) do mesmo diploma, numa solução restritiva que impõe uma correção necessária relativamente à escolha do direito realizada naqueles termos pré-estabelecidos⁶⁶⁸.

Deve deixar-se claro que não existe um “catálogo” de situações em que se possa considerar existir uma conexão mais estreita com um determinado direito, pelo que deverá ser baseada tal decisão num exercício mental, casuístico e crítico⁶⁶⁹. Contudo, será de todo aconselhável que a aplicação do critério da conexão mais estreita ao caso possa ser dotado de alguma previsibilidade, de modo a garantir e preservar valores de inegável importância no âmbito do DIP⁶⁷⁰.

Ora, a consagração do critério da conexão mais estreita, ainda que a Convenção de Roma ou o Regulamento Roma I não se apliquem diretamente ao instituto da arbitragem comercial internacional, foi transposto enquanto princípio geral de DIP⁶⁷¹ para determinadas fontes daquela⁶⁷² e para a sua jurisprudência⁶⁷³, nomeadamente para a NLAV, que no seu art. 52.º (2) o consagra. No entanto, LIMA PINHEIRO entende que essa mesma transposição foi realizada de modo diferente do plasmado naqueles instrumentos, na medida em que é uma figura tratada de diferentes formas no âmbito da doutrina. Desse modo, enquanto alguns autores entendem ter aquele critério uma aplicação tendente à localização objetiva da relação jurídica que se encontra em causa no litígio arbitral⁶⁷⁴, outros teóricos têm vindo a entender que o critério da conexão mais estreita confere uma liberdade alargada aos árbitros, que lhes permitirá a sua utilização em termos semelhantes aos que definem o critério da apropriação do direito ao litígio⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ Cfr. FERRARI, Franco, e LEIBLE, Stefan, *ob.cit.*, pp. 49.

⁶⁶⁸ *Idem.*

⁶⁶⁹ Cfr. CALLIESS, Galf-Peter, *ob.cit.*, pp. 100.

⁶⁷⁰ Cfr. CORDERO-MOSS, Giuditta, *ob.cit.*, pps. 42-43.

⁶⁷¹ Cfr. CARLQUIST, Helena, *ob.cit.*, pp. 36.

⁶⁷² *Vide*, entre outros, o art. 187.º (1) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, ou o § 1051.º (2) do ZPO alemão.

⁶⁷³ *Vide*, entre muitos outros, a sentença arbitral do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC n.º 7154/1993, em que foi afirmado que “[the] arbitrator must check with which law the dispute has the closest connection” – a transcrição foi consultada através de RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *ob.cit.*, pp. 431.

⁶⁷⁴ LIMA PINHEIRO refere, entre outros, os nomes de PIERO BERNARDINI, assim como de KARL HEINZ SCHWAB e GERHARD WALTER – *vide* PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pps. 251-252.

⁶⁷⁵ *Vide* PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 252. O Autor, entre outros nomes que defendem esta teoria, refere PIERRE LALIVE, JEAN-FRANÇOIS POUDRET, CLAUDE REYMOND, ANDREAS BUCHER, ANTON HEINI e PIERRE KARRER. Já no que concerne ao critério da apropriação do direito ao litígio, segundo o próprio Autor, este “(...) não deve

Tal critério, entre outros ordenamentos jurídicos, encontra-se consagrado em Espanha, conforme pode ser confirmado por referência ao art. 34.º (2) da Lei Espanhola de Arbitragem de 2003, em Inglaterra, na secção 46.º (3) do *English Arbitration Act* de 1996, ou até à entrada em vigor em Portugal da NLA, no art. 33.º (2) da LA de 1986.

Quanto à alteração no sistema jurídico português, MANUEL BARROCAS entende ter sido acertada a viragem de página, já que o critério da conexão mais estreita se apresenta como mais objetivo, neutro e gerador de segurança jurídica que o anterior princípio da escolha do direito baseada na sua apropriação ao litígio⁶⁷⁶. Assim, a nova orientação adotada é “(...) a mais consentânea com o espírito do sistema e com a salvaguarda da segurança jurídica nas relações privadas internacionais”⁶⁷⁷. Deste modo, ao invés de procederem à escolha do direito mais apropriado para resolver o litígio, os árbitros antes escolhem a norma de conflitos que com o caso apresente uma conexão mais próxima, sendo essa a solução final que procede à individualização do direito que será passível de ser aplicado ao mérito do litígio na arbitragem⁶⁷⁸. Tal afigurar-se-á especialmente útil quando não exista o consenso necessário nas normas de conflitos de modo a ser possível utilizar, cumulativamente, as suas remissões, de modo a descobrir o direito aplicável⁶⁷⁹, como *supra* discutimos e analisamos. Para WOLFGANG KUHN, distanciar-se-á portanto a utilização do critério em análise consoante estejamos perante uma arbitragem comercial internacional e uma situação que resulte da aplicação dos instrumentos europeus, na medida em que em sede de arbitragem internacional, como temos vindo já a referir, não existe um foro, não sendo portanto aplicáveis imediatamente e de forma clara as normas de conflitos do sistema legal do lugar da arbitragem⁶⁸⁰.

basear-se na preferência subjectiva dos árbitros (...), sendo necessário levar a cabo uma avaliação objetiva do direito que reclama, nesses termos, a sua aplicação, apresentando-se similar, em certos pontos, com a própria “(...) reconstrução da vontade hipotética das partes (...)”, sendo que com esta não deve ser confundido – cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado – Volume II – Direito de Conflitos Parte especial”, 3.ª edição refundida, Coimbra, Almedina, Outubro do ano de 2009, pp. 560.

⁶⁷⁶ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 195. O Autor entende que o princípio da apropriação do direito ao litígio é arriscado, na medida em que há sempre uma necessidade de analisar aquela que seria a melhor solução do litígio arbitral, o que obviamente poderá gerar falácias interpretativas e incentivar uma escolha do direito aplicável que se não afigure acertada.

⁶⁷⁷ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 47.

⁶⁷⁸ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 10.

⁶⁷⁹ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 18.

⁶⁸⁰ Cfr. KUHN, Wolfgang, *ob.cit.*, pp. 151.

A descoberta do direito aplicável por força da utilização do critério da “*closest and most significant connection*”, que consistirá em conferir elevada importância aos laços objetivos de localização da relação jurídica⁶⁸¹ em sede de arbitragem comercial internacional, depende sempre da “(...) ponderação das conexões que cada caso concreto apresente com os direitos potencialmente aplicáveis (...)”⁶⁸², numa solução que se pretende casuística e ponderada. Assim, DÁRIO MOURA VICENTE entende ser este o único critério “(...) que se afigura compatível com os interesses fundamentais que o Direito Internacional Privado visa realizar”⁶⁸³.

Na escolha do direito aplicável derivada da utilização do presente método poderão ser consideradas um largo conjunto de circunstâncias, o que dependerá sempre da análise concreta da situação que originou a arbitragem, como por exemplo a lei do lugar da residência habitual da parte que deverá praticar a prestação característica do contrato que une ambas as partes⁶⁸⁴. O que releva na aplicação do presente critério é que os árbitros não terão que seguir uma concreta indicação de aplicação de uma norma de conflitos previamente identificada, assim como não terão total liberdade para aplicar uma qualquer norma de conflitos arbitrária, antes devendo fundamentar a sua escolha do direito com base em indícios que pressuponham que, de facto, o direito escolhido é aquele que apresenta a relação mais significativa à situação concreta⁶⁸⁵. Importa referir que para a doutrina que defende a escolha de um direito estadual, o que deve estar

⁶⁸¹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 20. A propósito da objetividade, este é no entendimento de EUGÉNIA GALVÃO TELES o critério pelo qual se deverá sempre inicialmente tentar aferir da conexão mais estreita para efeitos de DIP – cfr. TELES, Eugénia Galvão, *ob.cit.*, pp. 138.

⁶⁸² Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 267.

⁶⁸³ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 242. O Autor justifica a utilização da terminologia “único” na medida em que face à constante instabilidade subjacente às relações jurídicas plurilocalizadas, caberá ao DIP suprir tal instabilidade, o que na sua opinião poderá ser feito recorrendo ao critério que permita ir de encontro ao que poderia ser esperado pelas partes na arbitragem comercial internacional, em sede de comércio internacional, em que aquelas já esperam, em certa medida, a justiça de carácter formal inerente ao próprio direito de conflitos.

⁶⁸⁴ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pp. 207. Segundo DÁRIO MOURA VICENTE, é inteligente a utilização da presente conexão, como sendo aquela que geralmente apresenta uma ligação mais estreita com o caso concreto, já que atende “(...) à própria essência ou natureza da obrigação e não a elementos meramente extrínsecos [...] possibilitando, por isso, a localização da relação litigada no país onde se situa o centro dos interesses económicos em jogo na transação em causa” – cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 245. Outros autores entendem que a utilização deste critério permitirá “(...) garantir às empresas uma maior uniformidade de regulamentação dos contratos que celebrem (...)”, assim como simplificar a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional – cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pps. 642-643. Para uma lista de conexões mais estreitas para efeitos de prestação característica dos demais contratos internacionais, cfr. YU Shuhong e XIAO, Yongping e, WANG Baoshi, *ob.cit.*, pps. 428-429.

⁶⁸⁵ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 223.

estritamente relacionado com a relação jurídica é não o próprio Estado, mas sim o sistema legal desse Estado⁶⁸⁶. Tal relação deverá ser objetiva, real, efetiva e casuisticamente comprovada e fundamentada⁶⁸⁷ pelos árbitros internacionais, de modo a conferir a segurança que deve estar subjacente a processos arbitrais internacionais. Deste modo garantir-se-á o objetivo clássico do DIP que consagra a máxima adequação da lei escolhida pelos árbitros ao caso específico⁶⁸⁸.

Segundo DÁRIO MOURA VICENTE, parece ser possível nos termos consagrados na lei, complementarmente à utilização do presente critério, atender-se a uma escolha do direito aplicável em função de resultados que se afigurem enquanto desejáveis para efeitos do litígio, como o sejam a utilização dos princípios *favor negotii* e *favor validatis*, assim como princípios que visem proteger a parte mais fraca no contrato⁶⁸⁹. No entanto, embora a lei pareça admitir tal possibilidade, o mesmo Autor afirma que a utilização desses mesmos critérios, ainda que de forma complementar, parece prejudicar a previsibilidade que se pretende alcançar quando se dá uso ao critério da conexão mais estreita, pelo que desaconselha a sua utilização sem mais⁶⁹⁰.

Uma das maiores dificuldades subjacentes à procura do direito aplicável com recurso ao presente método sucede quando estejamos perante uma arbitragem multi-partes, em que diversos sistemas jurídicos reclamam a sua aplicação. Aqui será tarefa árdua a dos árbitros no sentido de analisarem criticamente os graus de conexão inerentes a cada uma das ligações, hierarquizando-as. Após a execução desta agreste função devem aqueles ainda, dentro do sistema legal escolhido, optar por uma das suas normas de conflitos, o que também se revelará deveras complexo⁶⁹¹, o que pode ser considerado um obstáculo à correta utilização do método em mérito.

⁶⁸⁶ Cfr. MUKHOPADHYAY, Tapobrata, *ob.cit.*, pp. 121.

⁶⁸⁷ Cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 39.

⁶⁸⁸ Cfr. TELES, Eugénia Galvão, *ob.cit.*, pp. 69. A Autora afirma que a autonomia na procura da conexão mais estreita pelo aplicador do direito poderá por vezes guiar-se por meras *guidelines*, e não por indicações vinculativas prévias, resultando de tal entendimento que apenas casuisticamente poderá ser possível aferir, corretamente, a conexão mais estreita.

⁶⁸⁹ Pense-se no caso dos trabalhadores, os consumidores, entre outros agentes do comércio internacional que tradicionalmente se entendem enquanto partes desprotegidas aquando da celebração de um contrato, aos quais o direito em regra confere proteção acrescida. Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 251.

⁶⁹⁰ *Idem.*

⁶⁹¹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 240; MUKHOPADHYAY, Tapobrata, *ob.cit.*, pp. 122. O último Autor defende, de modo a evitar uma excessiva complexidade metodológica, que após ser descoberta a conexão mais estreita, deverá ser aplicado o direito material do Estado escolhido pelos árbitros internacionais. Outros autores expressam semelhante preocupação – cfr. DANILOWICZ, Vitek, *ob.cit.*, pps. 263-265 -, porquanto entendem que quando não remeta o sistema conflitual

Em jeito de conclusão, e tendo oportunidade de tomar uma posição, desde já salientamos que somos adeptos da utilização do presente método, por força das inegáveis vantagens decorrentes da sua adoção. De facto, ainda que se não possam catalogar as situações em que é utilizado, o método da conexão mais estreita, ao exigir um exercício casuístico e ponderado pelos árbitros internacionais, é claramente um método de cariz objetivo, neutro, gerador de certeza e segurança, que garante uma individualização do direito aplicável apropriada e que tem em consideração os laços objetivos que subjazem à relação jurídica em questão. Deverão portanto os árbitros abster-se de aplicar uma norma de conflitos arbitrária, antes devendo privilegiar a aplicação de normas de conflitos com uma relação objetiva, efetiva, real e casuisticamente comprovada relativamente à situação específica, garantindo-se assim um elevado grau de adequação do direito escolhido ao caso em questão. Tal assumir-se-á especialmente relevante em sede de arbitragem comercial internacional, na medida em que a inexistência de um foro não pressupõe desde logo a aplicação de determinadas normas de conflitos, como as do sistema legal do lugar da arbitragem.

4. – O objeto da escolha

Cientes que a problemática *supra* analisada quanto à possibilidade de escolha de um direito não estadual pelas partes se apresenta enquanto polémica, ainda que exercida no âmbito do princípio orientador da autonomia da vontade, importa referir que na falta de escolha, por aquelas, do direito que desejam ver aplicado ao fundo da causa, surgirá um problema da mesma natureza, mas ainda mais controverso, para o tribunal arbitral. Centrar-nos-emos portanto, no presente subcapítulo, na análise acerca da possibilidade de escolha de direito não estadual pelos árbitros internacionais⁶⁹², em especial da *lex mercatoria*, partindo do pressuposto que é certa a possibilidade da sua escolha recair sobre um direito estadual⁶⁹³.

para o direito do próprio foro, poderá frustrar-se o sentido de ter sido encontrada a conexão mais estreita subjacente ao caso da arbitragem comercial internacional.

⁶⁹² A escolha de direito não estadual pelos árbitros deve provir de um estudo de direito comparado em que sejam abarcados os próprios sistemas legais estaduais, a jurisprudência arbitral, as convenções internacionais relativas ao instituto da arbitragem comercial internacional e os princípios UNIDROIT, assim como outros usos e costumes do comércio internacional – cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pp. 209

⁶⁹³ Relembramos no entanto que acerca da oportunidade, vantagens e desvantagens de tal escolha, já procedemos a uma indagação crítica nesse mesmo sentido, no Capítulo III da presente dissertação, pelo que para o mesmo remetemos.

De modo a enfatizar o problema com que se deparam os árbitros internacionais, comparemos as seguintes situações: o art. 187.º (2) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado estabelece que na falta de acordo das partes quanto à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio, o tribunal arbitral decidirá o caso tendo por referência “*the rules of law*” que apresentem com o caso concreto a conexão mais próxima⁶⁹⁴; por outro lado, o art. 52.º (2) da NLAV estatui claramente que na falta de acordo entre as partes, “(...) o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita”⁶⁹⁵; numa solução distinta, veja-se a Lei-Modelo da UNCITRAL, que no art. 28.º (2) estabelece que o tribunal arbitral deverá aplicar, naquelas circunstâncias, “(...) *the law determined by the conflict of laws rules which is considers applicable*”⁶⁹⁶.

Ora, tendo por base o que temos vindo a referir no decorrer da presente dissertação, é clara a distinção existente entre todos estes preceitos: enquanto o Estado suíço parece abrir portas à aplicação de normas internacionais pelo próprio tribunal arbitral na falta de designação do direito aplicável ao mérito do litígio pelas partes, o legislador português e a UNCITRAL pretenderam confinar o poder de escolha do árbitro ao conjunto de sistemas legais estaduais que, após uma reflexão acerca da conexão mais próxima ou acerca da apropriação da aplicação do direito ao litígio, reclamem a sua aplicação, encurtando assim os horizontes dos árbitros quando comparativamente à lei suíça.

Cumprirá inicialmente referir que parte da divergência existente relativamente à admissibilidade, ou não, de se recorrer a normas internacionais para se regular o fundo da causa em sede de arbitragem comercial internacional, resulta da existência de defensores das teorias que baseiam a sua análise no emprego dos termos “lei”, ou antes de “regras de direito”, como forma a dar resposta à problemática. Quando suceda que as fontes públicas nacionais do instituto em estudo permitam a aplicação pelos árbitros de “*rules of law*”, estaremos perante um conjunto de normas ou regras que visam conferir ao tribunal arbitral um elevado grau de flexibilidade no que à escolha do direito

⁶⁹⁴ Vide no mesmo sentido, entre outros, o art. 151.º do CPC francês na sua redação de 2011, o art. 34.º (2) da Lei de Arbitragem Espanhola de 2003, ou o art. 1700.º do Código Judicial Belga de 2013, ou ainda o art. 21.º (1) do regulamento de arbitragem da ICC.

⁶⁹⁵ Semelhante entendimento encontra-se no §1051.º (2) do ZPO alemão, e no art. 1054.º (2) do Código de Processo Civil Holandês de 1986, na sua versão de 2011, ou o art. 36.º (1) do regulamento de arbitragem do CAC-CCIP e 39.º (1) do anteprojeto de regulamento de arbitragem do Instituto de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto, de Novembro de 2014.

⁶⁹⁶ Idêntica consagração se encontra no art. 35.º (1) das regras de arbitragem da UNCITRAL.

concerne⁶⁹⁷, podendo aquele inclusivamente decidir acerca do fundo da causa, segundo alguns autores, com recurso a normas internacionais de cariz substantivo, como o são os princípios gerais ou a *lex mercatoria*⁶⁹⁸.

Para a doutrina que defende que a segurança do comércio além-fronteiras, assim como as expectativas das partes dignas de serem protegidas, ficam melhor salvaguardadas por força do recurso ao direito estadual, por força da patente incompletude dos instrumentos jurídicos internacionais passíveis de serem aplicados ao fundo da causa na arbitragem, dúvidas não restam que a delimitação operada, entre outros, pelo legislador português e da UNCITRAL, constituiu uma operação de sucesso⁶⁹⁹. No entanto, para a doutrina oposta, encarar-se-á como negativa tal operação, na medida em que a *lex mercatoria* – que incorpora, entre outros, “(...) os usos do comércio internacional, os contratos-tipo [...] as regras internacionais para a interpretação dos termos comerciais, as regras e usos uniformes relativos ao crédito documentário, a própria jurisprudência dos tribunais arbitrais”⁷⁰⁰ –, entre outros instrumentos, se encontra tão enraizada nas práticas dos agentes do comércio internacional⁷⁰¹, que o recurso a esta “verdadeira” ordem jurídica internacional garantirá com maior grau a certeza e segurança jurídicas nas transações internacionais⁷⁰².

Para os defensores da aplicabilidade imediata da *lex mercatoria*, a sua escolha enquanto direito aplicável tem a inegável vantagem de gerar elevadas doses de imparcialidade, neutralidade, simplicidade e flexibilidade⁷⁰³, características que na nossa opinião poderão nem sempre resultar numa escolha acertada, e que tão pouco refletem de forma clara a natureza da própria *lex mercatoria*. Tal não prejudica que aceitemos a sua importância quando utilizada não a título principal, mas complementar, de um direito Estadual.

O estado atual da doutrina apresenta um claro desenvolvimento em sede da matéria em estudo, porquanto a visão tradicional de que os árbitros deveriam aplicar um

⁶⁹⁷ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 228.

⁶⁹⁸ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, *ob.cit.*, pp. 945.

⁶⁹⁹ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pp. 640.

⁷⁰⁰ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 10. Ainda assim o Autor considera o conjunto de regras “(...) muito incompleto (...)”, o que tem como efeito que não entenda tal conjunto enquanto um verdadeiro direito.

⁷⁰¹ Por força de ter sido especialmente concebida para tal efeito.

⁷⁰² Para uma análise acerca das opiniões nesse mesmo sentido, Cfr. GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law...”, *ob.cit.*, pps. 62-69.

⁷⁰³ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *ob.cit.*, pps. 398-399.

direito estadual encontra-se já ultrapassada para parte relevante dos teóricos que se propuseram a estudar a temática⁷⁰⁴. Tal resulta da constatação de que alguns autores entenderam ser necessário, para a *praxis* arbitral, desenvolver as suas atividades para além das fronteiras estaduais, proporcionando assim uma melhor resposta às vontades da própria comunidade que exerce a sua atividade no comércio internacional⁷⁰⁵. MARIA JOÃO MIMOSO defende mesmo que a escolha de um direito estadual não se coaduna com os interesses do comércio internacional, já que aquele não foi desenhado de modo a regular as relações decorrentes do DIP, existindo antes uma pluralidade de métodos, paralelamente ao método conflitual, capazes de assegurar uma melhor e mais apropriada resolução do litígio arbitral⁷⁰⁶.

LIMA PINHEIRO refere que geralmente tem sido aceite que quando o sistema legal aplicável à arbitragem permita que os árbitros selecionem as “regras de direito” aplicáveis ao caso concreto, permitir-se-á a escolha de instrumentos internacionais, nomeadamente a *lex mercatoria*⁷⁰⁷. Ora, este conjunto de normas internacionais tem, na opinião de parte da doutrina, a virtude de lembrar aos próprios árbitros que estão a operar a um nível internacional, devendo portanto por vezes afastar-se das especificidades internas especialmente concebidas pelos sistemas legais estaduais e respetivo direito material⁷⁰⁸. Apresenta-se assim a *lex mercatoria*, para os seus defensores, “(...) como autêntico sistema de normas jurídico-materiais, particularmente apto a disciplinar as relações mercantis internacionais (...)”⁷⁰⁹ que nasce espontaneamente no âmbito das transações comerciais internacionais⁷¹⁰.

De facto, é acerca do entendimento da *lex mercatoria* e dos demais instrumentos internacionais enquanto verdadeira ordem jurídica que se coloca, na opinião de NUNES PEREIRA, o maior problema: aceitar-se-á a designação daquela caso se entenda que se apresenta a mesma enquanto uma ordem jurídica devidamente constituída⁷¹¹. Mesmo

⁷⁰⁴ Cfr. BLESSING, Marc, *ob.cit.*, pp. 225.

⁷⁰⁵ Cfr. DANILOWICZ, Vitek, *ob.cit.*, pp. 272.

⁷⁰⁶ Cfr. MIMOSO, Maria João, *ob.cit.*, pp. 213.

⁷⁰⁷ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 37.

⁷⁰⁸ Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 221.

⁷⁰⁹ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 253. O Autor refuta esta teoria, antes afirmando que apenas os direitos nacionais apresentam uma complexidade e completude suficientes para dar resposta a uma multiplicidade de questões e problemas decorrentes da contratação privada e comercial de cariz internacional.

⁷¹⁰ Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 10.

⁷¹¹ Cfr. PEREIRA, José Nunes, *ob.cit.*, pp. 264.

quando se admita que a *lex mercatoria* e demais instrumentos internacionais não garantem os graus de segurança, certeza e previsibilidade jurídicas que devem ser subjacentes ao DIP, a doutrina que inicialmente debateu a questão entendia que aqueles poderiam ser aplicados ao mérito da causa, não obstante o facto de a eficácia da sentença arbitral daí decorrente poder ser colocada em questão após o seu reconhecimento no ordenamento jurídico que a reconheceu⁷¹². Ora, hoje em dia tal já não se verificará, na medida em que as demais fontes da arbitragem impedem, em regra, a recorribilidade da sentença arbitral internacional para os tribunais estaduais, como sucede por exemplo no art. 53.º da NLAV⁷¹³.

Interessante questão é a de analisar a admissibilidade de aplicação, pelos árbitros, de normas internacionais, por razão da remissão para um regulamento de um centro institucionalizado de arbitragem que o permita, enquanto exista um claro limite em sentido contrário imposto pelo sistema legal estadual que em princípio reclamaria a sua aplicação em sede de regulação da própria arbitragem. Nestes casos, para que haja suscetibilidade de aplicação de normas internacionais ao mérito do litígio, somos da opinião de que o afastamento relativamente ao sistema de direito estadual deverá resultar de uma estipulação expressa das partes, não bastando a remissão para o regulamento *supra* referido para que se considere concedida aos árbitros, pelas partes, a autorização de aplicação de direito não estadual⁷¹⁴.

Nas situações em que as próprias fontes da arbitragem comercial internacional consagrem o poder dos árbitros em escolher as “regras de direito” aplicáveis ao mérito do litígio⁷¹⁵, tem sido entendido que àqueles é conferido o mesmo poder que às partes quanto à escolha do direito, não se encontrando os primeiros vinculados estritamente a preceitos presentes em sistemas legais estaduais, antes se podendo guiar por uma multiplicidade de fontes⁷¹⁶. Deste modo, quando sejam as próprias fontes a autorizar, ou as próprias partes em sede de convenção de arbitragem, existe a crença na doutrina de

⁷¹² Cfr. CORREIA, António Ferrer, “O problema da lei aplicável...”, *ob.cit.*, pps.251-252.

⁷¹³ Relembramos que a NLAV consagrou o regime da irrecorribilidade da sentença arbitral internacional no seu art. 53.º, com a exceção de que as partes acordem na possibilidade desse mesmo recurso e respetivos termos, que apenas poderá correr num outro tribunal arbitral.

⁷¹⁴ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pps. 38-39.

⁷¹⁵ REDFERN e HUNTER entendem que esta será a única oportunidade de o tribunal arbitral aplicar normas internacionais ao mérito da causa na arbitragem, contando que nada seja expressamente referido pelas partes naquela – cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 226.

⁷¹⁶ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 878.

que se permitirá aos árbitros internacionais recorrerem quer a um ou vários direitos estaduais⁷¹⁷, quer a normas internacionais como a *lex mercatoria*, para regular o mérito da causa na arbitragem. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN são ainda adeptos de uma corrente que se configura mais “liberal”, que entende ser de permitir aos árbitros o recurso a normas internacionais em todas as ocasiões, com exceção da situação em que as partes, não operando uma escolha expressa quanto ao direito aplicável, referem expressamente que os árbitros deverão proceder à escolha de um direito estadual⁷¹⁸ - uma escolha negativa de exclusão de admissibilidade de aplicação de normas internacionais. Ora, a posição dos Autores afigurar-se-á contrária, em determinadas situações, ao que é estabelecido nas fontes públicas nacionais do instituto da arbitragem comercial internacional – pense-se no art. 52.º (2) da NLAV -, violando as suas previsões, pelo que se não nos parece oportuna a adoção de tal teoria.

Pese embora a doutrina e a própria jurisprudência tenham vindo a debater a presente temática, em regra os tribunais arbitrais internacionais têm relegado a possibilidade de escolha de direito não estadual para segundo plano, o que segundo GARY BORN se fica a dever a duas principais razões: em primeiro lugar, e por força da relutância das próprias partes em escolherem normas internacionais para regular o mérito do litígio, também os tribunais têm vindo a hesitar na sua aplicação, porquanto a prática arbitral demonstra que tal escolha nem sempre é desejada pelas partes; em segundo lugar, por força da já referida imprevisibilidade resultante da aplicação desse conjunto de normas, os árbitros internacionais têm vindo a preferir o recurso a sistemas legais estaduais devidamente estruturados e geradores de certeza e segurança jurídicas, pesando na sua decisão igualmente a falta de respostas eficazes que as normas internacionais tendem a dar em litígios comerciais de acrescida complexidade⁷¹⁹.

⁷¹⁷ Permanecendo válida aqui a possibilidade de utilização do instituto do *depeçage* por parte dos árbitros internacionais.

⁷¹⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pp. 881. Cfr. MAYER, Pierre, “Reflections...”, *ob.cit.*, pp. 239 – o Autor afirma que poderão os árbitros proceder à escolha da *lex mercatoria* independentemente do sentido das expressões “law”, ou “rules of law”, numa clara posição de desvalorização do critério literal *supra* analisado. EMMANUEL GAILLARD entende ainda que poderão ser utilizados princípios internacionais quando se deparem, os árbitros internacionais, com um impasse resultante de todos os sistemas legais estaduais estarem igualmente ligados ao caso específico – cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pp. 211. Para uma posição que defende de modo mais acérrimo a aplicabilidade da *lex mercatoria* na arbitragem comercial internacional, cfr. CHUKWUMERIE, Okezie, *ob.cit.*, pp. 303 – em que o Autor refere a posição defendida, entre outros, por T. CARBONNEAU, que estabelece que “(...) the parties’ consent to arbitration is indicative of their submission to the *lex mercatoria*”, posição que desde já rejeitamos veementemente.

⁷¹⁹ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pp. 242.

Entre os críticos nacionais da teoria da admissibilidade de aplicabilidade da *lex mercatoria* encontra-se DÁRIO MOURA VICENTE. O Autor entende que o tão referido carácter supranacional e internacional das normas constantes da *lex mercatoria* mais não passará de um conjunto de regras, usos, preceitos contratuais e princípios gerais que, apesar da sua adequação ao âmbito do comércio internacional, se encontram já previstos nos demais sistemas legais estaduais, seja por previsão externa, seja resultante da integração de preceitos previstos em instrumentos públicos internacionais, como as convenções internacionais⁷²⁰. Assim sendo, não fará sentido deixar de utilizar o método conflitual típico do DIP na resolução das questões comerciais plurilocalizadas. De facto, estando por explicar de forma expressa e inequívoca a inadequação dos sistemas legais estaduais para dar resposta aos litígios que decorram do comércio internacional, cumulativamente com a situação do DIP se ter modernizado e ter permitido a inserção de valores caracterizadores da justiça material do caso concreto – pensemos na permissão de escolha do direito direcionada para a realização de um fim desejável, ou no instituto da adaptação -, não parecem válidos os argumentos a favor da rejeição da oportunidade de aplicação do método conflitual na escolha do direito aplicável⁷²¹.

Para efeitos de uma eventual tomada de posição quanto ao *supra* descrito⁷²², somos a aceitar a validade da designação de normas internacionais como a *lex mercatoria* quando as fontes, ou a própria vontade das partes, apontem nesse mesmo sentido, baseando-se tal aceitação nas atuais posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria. Contudo, desaconselhamos essa mesma prática, porquanto o estado atual de uniformização e desenvolvimento daquelas normas internacionais não se encontra, nos nossos dias, desenvolvida ao ponto de conferir a segurança e certeza jurídicas adequadas e necessárias para que a sua utilização leve a que o instituto da arbitragem comercial internacional se assuma como meio por excelência de resolução de litígios comerciais internacionais. Antes somos da opinião que o recurso aos sistemas legais estaduais garantirá uma maior segurança e previsibilidade das decisões arbitrais, contribuindo para o grau que se afigure possível de harmonia dos julgados em sede de

⁷²⁰ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 257.

⁷²¹ *Ibidem*, pp. 284.

⁷²² Devido à similaridade do conteúdo, desde já nos reservamos à remissão, naquilo em que se considere pertinente e adequado, para a tomada de posição adotada *supra*, relativamente ao objeto de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional pelas partes, no capítulo III da presente dissertação.

comércio internacional. No entanto, somos a defender que os árbitros tenham em consideração, na resolução da controversa questão do direito aplicável ao fundo da causa, os usos e costumes do comércio internacional⁷²³, assim como os princípios gerais de DIP, de forma subsidiária e quiçá corretiva à aplicação de um sistema legal estadual, podendo estes instrumentos ser incorporados nos próprios contratos internacionais⁷²⁴, o que de facto tende a suceder⁷²⁵.

⁷²³ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional...”, *ob.cit.*, pp. 259. A própria UNCITRAL afirma que o uso de normas internacionais, como a *lex mercatoria* ou os princípios UNIDROIT, apresenta-se útil ainda na medida em que pode “desequilibrar a balança” quando não exista nenhum elemento decisivo que aponte para a escolha de um direito nacional em função de outro – cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 21.

⁷²⁴ Sempre que daí não resulte uma violação do direito aplicável ao mérito do litígio – cfr. VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in Voluntary...”, *ob.cit.*, pp. 189. Segundo o Autor, “(...) os usos mercantis [...] são atendíveis na arbitragem comercial internacional sempre que as partes se lhes hajam referido nas respetivas declarações negociais e, mesmo na falta de qualquer menção, como elementos de interpretação e integração dessas declarações” – cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 48.

⁷²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 178.

Capítulo V – Limites impostos pela ordem pública internacional

Cumpra a título final, e como forma de balizamento das práticas que temos vindo a descrever ao longo da presente dissertação, concentrarmo-nos nos limites que podem ser colocados, quanto à escolha do direito aplicável na arbitragem comercial, pela ordem pública internacional. De facto, sejam as partes a eleger o direito que desejam ver aplicado na arbitragem, ou caso caiba aos árbitros internacionais tal tarefa, em virtude de as partes o não terem feito, devem sempre respeitar-se os limites impostos por esta figura aquando de tal seleção. Ainda que existam posições doutrinárias que postulam diferentes formas de limitar a escolha do direito aplicável em sede de arbitragem comercial internacional, direcionaremos a nossa atenção para aquela que se nos apresenta como a forma mais eficaz, completa e relevante de limitar tal escolha.

Conscientes de que o tratamento da matéria que ora nos propomos a desenvolver seria merecedor de um estudo autónomo e mais aprofundado relativamente àquele que efetivamente iremos realizar, não poderíamos deixar de abordar a temática em mérito, porquanto esta se assume de vital importância para a compreensão da realidade subjacente aos problemas de escolha de direito, acerca dos quais nos incumbimos a indagar no âmbito deste estudo. De tal modo, não desvirtuando a imprescindibilidade do tema, e respeitando a extensão do conteúdo que uma dissertação com objetivos semelhantes à nossa deve ter, iremos começar por definir ordem pública internacional, partindo de seguida para uma breve análise acerca dos limites que por aquela são impostos em sede de arbitragem comercial internacional.

1. – Noção de ordem pública internacional

Começemos então por explicar o que é a ordem pública internacional. Segundo ANABELA GONÇALVES, esta “(...) é habitualmente definida como um limite à aplicação do direito estrangeiro competente ou ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando o resultado da intervenção da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com os princípios fundamentais do Estado do foro ou com as suas conceções ético-jurídicas fundamentais (...)”⁷²⁶, apresentando-se portanto enquanto fortaleza que salvaguarda os princípios fundamentais orientadores de um determinado

⁷²⁶ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade ...”, *ob.cit.*, pp. 518.

sistema jurídico que não podem ser violados⁷²⁷ por força da aplicação de direito não integrado no sistema legal do Estado a que aquela está ligada⁷²⁸.

Ao contrário de diversos mecanismos que operam como limite na escolha do direito aplicável de forma preventiva⁷²⁹, a ordem pública internacional tem o seu campo de atuação preferencial *a posteriori*⁷³⁰ da resolução dos problemas decorrentes da multiplicidade de contactos que a realidade apresenta com várias ordens jurídicas, como a aplicação da norma de conflitos, o reenvio e o momento da qualificação⁷³¹. Ou seja, destina-se a verificar e apreciar o resultado de aplicação do direito, atestando da sua compatibilidade com princípios de cariz jurídico, social, económico, político, entre outros, incluídos num determinado ordenamento jurídico estadual⁷³².

Este instrumento, construído sob a forma de cláusula geral, tem como função atuar quando verifique que das circunstâncias concretas que resultem da aplicação do direito escolhido no âmbito da resolução de um litígio privado plurilocalizado se origine uma clara incompatibilidade entre esse mesmo direito e princípios que se afigurem

⁷²⁷ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 405.

⁷²⁸ É isto que diferencia a ordem pública internacional da ordem pública interna, sendo que esta última tem a mesma função, mas não tem o seu campo de atuação em sede de limitação do direito escolhido para regular relações jurídicas plurilocalizadas – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pp. 176. SAMPAIO CAMELO esclarece ainda que a ordem pública internacional tem conteúdo mais restrito que a ordem pública interna, na medida em que se requer que em sede de comércio internacional existirá a necessidade de o sistema jurídico do Estado da sede da arbitragem se apresentar enquanto menos exigente na análise da incompatibilidade entre as sentenças arbitrais internacionais e os princípios e valores estruturantes do seu sistema legal, do que quando se trate de uma relação jurídica puramente interna – cfr. CAMELO, António Sampaio, “Temas de Direito da Arbitragem”, Coimbra editora, Coimbra, ano de 2013, pp. 299. No mesmo sentido, cfr. MONTEIRO, António Pedro Pinto, *ob.cit.*, pp. 10, assim como cfr. COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “Direito Internacional Privado, vol. II”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, ano de 1959, pp. 422, sendo que a Autora entende mesmo que caso se não entenda dever ser mais tolerante a exceção de ordem pública internacional do que a ordem pública interna, tal poderia conduzir ao desaparecimento do DIP. Já SAVIGNY, no séc XIX, ainda que não tenha desenvolvido o tema minuciosamente como hoje o mesmo é tratado, e não se referindo à ordem pública internacional, mas antes às normas de aplicação imediata, alertou desde logo para o facto de que em sede de DIP, e por força da utilização do método conflitual, poderiam surgir situações em que o direito que reclamava a sua aplicação numa determinada ordem jurídica não fosse aplicado, antes devendo o aplicador do direito aplicar outros preceitos, o que pode ter estado na base da criação das normas de aplicação imediata – cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 417.

⁷²⁹ Pense-se nas normas de aplicação imediata – a este respeito, cfr. SANTOS, António Marques dos, “As normas de aplicação imediata no direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral”, Almedina, Coimbra, ano de 1991.

⁷³⁰ Embora alguma doutrina defenda a sua conceção apriorística, que derivará do entendimento da ordem pública internacional enquanto uma “qualidade intrínseca de certas normas materiais do foro” - Cfr. MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C., *ob.cit.*, pp. 168; MONTEIRO, António Pedro Pinto, *ob.cit.*, pp. 13. Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade...”, *ob.cit.*, pps. 520-521.

⁷³¹ Cfr. MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C., *ob.cit.*, pp. 166.

⁷³² Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Ordem Pública Positiva e Ordem Pública Negativa no Contrato de Trabalho Internacional”, in “Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”, Universidade do Minho, Almedina, ano de 2003, pps. 49-77, mais precisamente na pp. 69.

fundamentais para uma ordem jurídica⁷³³, ou que segundo BAPTISTA MACHADO conduzam a um resultado chocante no momento da aplicação daquele direito⁷³⁴. Como afirmam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, estamos portanto na presença “(...) de um princípio geral, de uma ideia mestra, cujo conteúdo positivo terá de ser preenchido pelo julgador na análise de cada caso (...)”⁷³⁵, estando esse preenchimento dependente da análise concreta de situações “(...) que se inspiram em razões políticas, ou em razões morais ou em razões económicas (...)”⁷³⁶, entre outras, e que visam demonstrar que os interesses da sociedade estão num patamar acima dos interesses subjacentes à escolha do direito operada em sede de DIP⁷³⁷. Tal justificar-se-á, em poucas palavras, fruto da inevitável existência de divergências culturais, sociais, morais e económicas que se refletem e são transpostas para as demais legislações nacionais, isto apesar de a unificação do direito ter tido nas últimas décadas o seu crescimento mais acentuado⁷³⁸.

No que às principais características da ordem pública internacional concerne, e numa breve análise, comecemos por referir a sua excecionalidade, visto esta apenas atuar quando se entenda que a aplicação de um determinado direito previamente escolhido atenta contra princípios orientadores e fundamentais que dela fazem parte, e não na generalidade das situações resultantes da necessidade de aplicação do direito estrangeiro⁷³⁹. Também a sua atualidade, ou relatividade temporal, se assume enquanto característica importante do instrumento, visto que este acompanha a evolução dos “(...) traços económicos e políticos que orientam determinada ordem jurídica (...)”, estando portanto em constante mutação e atenta às várias alterações sociais, culturais, políticas que possam preencher a sua estrutura axiológica, que carece sempre de concretização casuística⁷⁴⁰. Portanto, esta apresenta-se igualmente enquanto uma figura espaço-temporalmente circunscrita, porquanto para além de evoluir de acordo com as mudanças sociais, como referimos, dependerá sempre do conteúdo dos valores orientadores da ordem jurídica à qual se encontra intrinsecamente ligada, adaptando-se às circunstâncias

⁷³³ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 585.

⁷³⁴ Cfr. MACHADO, João Baptista, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 259.

⁷³⁵ Cfr. LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, *ob.cit.*, pp. 69.

⁷³⁶ Cfr. NETO, Abílio, *ob.cit.*, pp. 35.

⁷³⁷ Cfr. HARTLEY, Trevor C., pp. 599.

⁷³⁸ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 406.

⁷³⁹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 593; cfr. MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C., *ob.cit.*, pp. 169.

⁷⁴⁰ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Ordem Pública Positiva...”, *ob.cit.*, pps. 69-70.

caraterísticas do espaço a que respeita⁷⁴¹. Justifica-se portanto a ordem pública internacional na medida em que o próprio DIP almejou desde sempre uma consagração universal dos princípios da paz social e da proteção da identidade cultural, princípios esses direcionados a exprimir valores sociais. Realce-se ainda a imprecisão da ordem pública internacional, caraterística que coloca as maiores entraves relativamente à fixação do seu conteúdo conceptual e geral⁷⁴², já que apresentando-se a figura em mérito enquanto conceito indeterminado, não parece possível de modo prévio estabelecer com certeza os valores que a poderão integrar⁷⁴³. Por último, apontamos como um ponto caraterizador da figura em análise a sua relatividade, que provirá da maior ou menor intensidade de ligação que se estabeleça entre a situação da vida que se visa regular e o sistema legal a que respeita a ordem pública internacional, o que fará variar as limitações impostas por esta última à aplicação de um determinado direito escolhido⁷⁴⁴.

Não bastará contudo, de forma tão vaga e axiologicamente neutra, ficarmo-nos por tais considerações, já que se imporá em cada caso uma concretização daquilo que poderá efetivamente servir de entrave à aplicação do direito escolhido, quando esteja em causa uma relação jurídica privada plurilocalizada puramente internacional. Assim, entre muitos outros, farão parte do conteúdo da figura em mérito os princípios basilares e estruturantes da ordem jurídica a que pertence, os princípios orientadores do direito da União⁷⁴⁵, quando estejamos a falar de um Estado-membro, como Portugal, os princípios que resultem de convenções internacionais em vigor na ordem jurídica a que se reporta a ordem pública internacional⁷⁴⁶, entre outros que não cumprirá aqui enumerar. Contudo, concordamos com MARIANA FRANÇA GOUVEIA quando a Autora refere que a delimitação dos princípios integrados na ordem pública internacional deve ser realizada com muita cautela, “(...) porque avançar categorias genéricas é muito

⁷⁴¹ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade...”, *ob.cit.*, pp. 522.

⁷⁴² BAPTISTA MACHADO propõe a adoção de vários métodos que permitam ultrapassar tais barreiras à concretização geral do conteúdo da ordem pública internacional, como o critério da natureza dos interesses ofendidos, o critério do grau de divergência, o critério da imperatividade, entre outros, acabando por sugerir que “(...) será recusada a aplicação da lei estrangeira competente sempre que ela contenha uma regulamentação essencialmente divergente da consagrada em disposições da *lex fori*, quando estas disposições sejam inspiradas pelos interesses gerais da comunidade e sejam, por isso mesmo, rigorosamente imperativas” – cfr. MACHADO, João Baptista, “Lições...”, *ob.cit.*, pp. 261.

⁷⁴³ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade...”, *ob.cit.*, pp. 521.

⁷⁴⁴ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pp. 594.

⁷⁴⁵ Acerca do relevo dos interesses ligados à União Europeia, *vide* GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade...”, *ob.cit.*, pps. 109-127.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, pps.586-588.

perigoso na prática e incorreto do ponto de vista dogmático (...)", devendo o critério de intervenção da figura "(...) ser muito mais fino, dependendo de uma análise concreta da regra não aplicada e dos princípios e regras que lhe subjazem, que a justificam (...)"⁷⁴⁷.

Para que a ordem pública internacional atue de forma eficaz devem preencher-se alguns requisitos relativos à sua aplicação. De facto, não poderá intervir tal instrumento quando não exista uma conexão entre a situação real, os factos dela emanantes, e a ordem jurídica a que respeita, numa clara derivação da característica do carácter espacialmente delimitado daquela, sendo que quanto mais relevante seja o princípio violado, menor exigibilidade de conexão existe⁷⁴⁸. Nesse sentido, FERRER CORREIA entende dever existir sempre um "nexo suficientemente forte" que deva implicar a não aplicabilidade da norma, à partida, aplicável⁷⁴⁹. Para que se verifique a exceção de ordem pública internacional será ainda necessário que da aplicação da *lex causae* resulte uma incompatibilidade concreta "(...) com os princípios fundamentais e com as conceções ético-jurídicas do Estado do foro (...)", não bastando a realização de um juízo de (in)adequação que resulta da aplicação do direito escolhido, antes devendo existir uma efetiva incompatibilidade com as respetivas consequências⁷⁵⁰. Ou seja, devem verificar-se dois tipos de incompatibilidade: uma incompatibilidade abstrata, que resulte do próprio sentido e conteúdo da *lex causae* que seria aplicável, assim como uma incompatibilidade concreta, que afira da intensidade da violação de princípios estruturantes da ordem jurídica a que respeita a figura em análise, e da qual resulte a inegável necessidade da sua intervenção de modo a proteger, no caso concreto, aqueles princípios. Entre outros, o art. 22.º (1) do CCiv português é um exemplo claro da necessidade de aferir, casuisticamente, da imperatividade de atuação da ordem pública internacional⁷⁵¹.

Finalmente, há que atentar nas inevitáveis consequências que advêm da utilização da figura enquanto limite à aplicação da *lex causae*. Refira-se desde logo o afastamento do resultado que advém da aplicação do direito escolhido – que se consubstancia apenas pelo afastamento da aplicação da norma à partida aplicável, ou a impossibilidade de prática do ato que requer a tutela jurídica, e não a sua nulidade, antes

⁷⁴⁷ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, "Curso...", *ob.cit.*, pp. 277.

⁷⁴⁸ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "Ordem Pública Positiva...", *ob.cit.*, pp. 71.

⁷⁴⁹ Cfr. CORREIA, A. Ferrer, "Lições...", *ob.cit.*, pps. 412-413.

⁷⁵⁰ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "Da Responsabilidade...", *ob.cit.*, pps. 525-526.

⁷⁵¹ Cfr. MACHADO, João Baptista, "Lições...", *ob.cit.*, pp. 265.

se caracterizando tal recusa, efeito direto da intervenção da ordem pública internacional, enquanto um impedimento⁷⁵². Ora, tal situação criará um vazio legal relativamente ao caso concreto. Numa tentativa de resposta a esse mesmo vazio legal, LIMA PINHEIRO sugere o recurso a outro preceito do direito escolhido, sendo que na impossibilidade de aplicação deste, após a verificação de uma lacuna jurídica, dever-se-á integrar aquela com base na analogia ou nos princípios jurídicos desse mesmo sistema legal⁷⁵³. Subsidiariamente, caso tal se não afigure possível, deverá existir o recurso ao direito material do foro a que respeita a ordem pública internacional⁷⁵⁴. No que diz respeito à primeira proposta de resolução da situação, tal questão encontra-se consagrada expressamente no art. 22.º (2) do CCiv português, que estabelece o princípio do mínimo dano ao direito estrangeiro, e que terá como principal objetivo a continuação de aplicação desse mesmo direito escolhido, sugerindo antes que se aplique um eventual regime geral nele consagrado, por oposição ao caso de a norma designada pertencer a um regime especial de aplicação daquele⁷⁵⁵.

Segundo ANABELA GONÇALVES, a ideia de afastamento da aplicação do direito estrangeiro por contraposição às conceções estruturais e fundamentais do Estado a que respeita a ordem pública internacional consubstancia o conceito de ordem pública em sentido negativo, por oposição ao sentido positivo daquela que resulta na proposta de aplicação, a uma determinada situação, de uma outra norma que face ao caso concreto seja necessária aplicar, por força da sua intervenção⁷⁵⁶, quer advenha essa aplicação do referido *supra* quanto às respostas a dar em caso de existência de uma situação de vazio legal ou de uma lacuna, ou da proposta da procura de uma norma equivalente àquela cuja aplicação foi rejeitada no direito do foro. Refere ainda a Autora a possibilidade de intervenção mínima que se poderá conceder ao direito de substituição. No entanto, importa não esquecer que este último deve estar sempre ao serviço dos interesses da ordem pública internacional do Estado do foro, no limite da

⁷⁵² Cfr. CORREIA, A. Ferrer, “Lições...”, *ob.cit.*, pps. 417-418.

⁷⁵³ Numa clara demonstração da utilização do instituto da adaptação enquanto corretivo do funcionamento quer dos métodos de escolha de direito do DIP, quer da atuação da ordem pública internacional.

⁷⁵⁴ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado...”, *ob.cit.*, pps. 596-597.

⁷⁵⁵ Cfr. MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C, *ob.cit.*, pp. 169.

⁷⁵⁶ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Ordem Pública Positiva...”, *ob.cit.*, pp. 72. No mesmo sentido, cfr. CORDEIRO, António Menezes, “A Ordem Pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in “VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho do ano de 2014, pps.73-103, mais precisamente na pp. 90

construção de uma solução coerente que dê resposta à relação jurídica plurilocalizada que se pretende regular⁷⁵⁷.

Diferente conceito de ordem pública internacional é aquele que é entendido enquanto ordem pública transnacional, acerca do qual apenas aqui deixamos uma breve consideração. LIMA PINHEIRO, ao retratar a figura, tenta que nela se incluam “(...) regras e princípios autónomos que, sendo expressão de alguns valores partilhados por um vasta maioria dos sujeitos do comércio internacional, tenham encontrado consagração em costume jurisprudencial arbitral ou nos regulamentos dos centros de arbitragem”⁷⁵⁸. Funcionará portanto, a ordem pública transnacional, como entrave ao direito escolhido seja pelas partes, seja pelos árbitros internacionais, quando esse mesmo direito colida com os valores intrínsecos do comércio internacional, afastando-se de tal modo da conceção tradicional da ordem pública internacional que proteja os valores do foro. Tal figura justificar-se-á, de modo abstrato, em virtude de se considerar que a arbitragem comercial internacional não tem um foro específico, sendo antes anacional. Segundo o Autor, encontrarão consagração na figura em estudo os princípios gerais de direito, os valores que se considerem comuns à generalidade das ordens jurídicas, assim como outros caraterísticos do comércio internacional e das suas transações, como o sejam a proteção do ambiente, a invalidade de contratos que consagrem situações de corrupção ou que gerem situações ilícitas, o respeito pelos princípios da paridade entre as partes e do contraditório⁷⁵⁹, ou ainda os princípios estruturantes do direito das obrigações, como o sejam o princípio *pacta sunt servanda*, da proibição do enriquecimento sem justa causa, entre outros⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade...”, *ob.cit.*, pps. 529-530.

⁷⁵⁸ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional...”, *ob.cit.*, pp. 471.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, pps. 471-473.

⁷⁶⁰ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “A Ordem Pública na Arbitragem”, in “*Separata da Revista da Ordem dos Advogados*”, ano 74, volume 1, Lisboa, ano de 2014, pps. 35-139, mais precisamente na pp. 41.

2. – Breves notas sobre os limites impostos pela ordem pública internacional na escolha do direito aplicável ao mérito do litígio

EMMANUEL GAILLARD e PIERRE LALIVE escreveram: “[l]’adoption apparemment universelle de l’autonomie de la volonté en matière arbitral e ne saurait obscurcir le fait que cette autonomie n’est pas toujours et partout conçue de la même façon no contenue dans les mêmes limites, par exemple, en cas d’application [...] de l’ordre public”⁷⁶¹.

É hoje em dia inegável a necessidade de aceitação de eficácia das sentenças arbitrais internacionais entre os vários Estados, porquanto se tal não sucedesse colocariam-se graves entraves ao comércio internacional, à resolução de litígios relativos a relações privadas em geral, com todas as nefastas consequências daí inerentes. No entanto, tal reconhecimento de efeitos às decisões arbitrais não poderá nunca ser completamente desregulado. De facto, concordamos que não sejam criadas barreiras escusadas ao livre comércio, nomeadamente a nível de circulação de sentenças arbitrais, mas há questões que carecem necessariamente de controlo. É precisamente no capítulo da regulação dessa mesma eficácia das decisões provenientes das arbitragens internacionais que ganha relevo o estudo da ordem pública internacional⁷⁶². Esta efetivamente “(...) constitui um limite ou barreira à aplicação do direito estrangeiro competente segundo as pertinentes normas de conflitos ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira (...)”⁷⁶³, pelo que desde logo se levantarão problemas relacionados com a intensidade de atuação dessa mesma barreira, nomeadamente no que respeita à não restrição demasiado exigente ao tráfego internacional.

Ora, no seguimento do que temos vindo a referir relativamente à ordem pública internacional, importa referir que aquela goza entre nós de consagração legal expressa em sede de matéria arbitral. O art. 54.º da NLAV, assim como o art. 1520.º (5) do CPC francês de 2011⁷⁶⁴, estatuem o dever de respeito pela figura nos termos descritos no subcapítulo anterior: caso seja aplicado, ao fundo do litígio, em sede de arbitragem comercial internacional, “(...) Direito estrangeiro, religioso ou consuetudinário que conduza a um resultado ofensivo da ordem pública internacional do Estado português

⁷⁶¹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, “*ob.cit.*”, pp. 943.

⁷⁶² Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “A Ordem Pública...”, *ob.cit.*, pps. 43-44.

⁷⁶³ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “Temas...”, *ob.cit.*, pp. 298.

⁷⁶⁴ Vide igualmente os arts. 21.º do Regulamento Roma I e o art. 16.º da Convenção de Roma de 1980.

[...], pode a sentença, nos termos deste preceito, ser anulada pelos tribunais portugueses (...)”, isto é, quando atente contra princípios base, estruturantes e fundamentais do sistema legal nacional⁷⁶⁵. Segundo MANUEL BARROCAS, pretende-se com a consagração legal desta norma permitir a anulação, pelos tribunais estaduais, de uma sentença ofensiva da ordem pública internacional do Estado português, assim como rejeitar o reconhecimento de uma sentença com aquele teor ofensivo no ordenamento jurídico nacional, como sucede por força de regra com as sentenças arbitrais internacionais⁷⁶⁶, nos termos e com os fundamentos da Convenção de Nova Iorque de 1958. O art. 54.º da NLAV, cujo teor se nos afigura enquanto eminentemente garantístico, poderá portanto conjugar-se com o disposto no art. 46.º (3) (b) (ii) do mesmo diploma⁷⁶⁷, na medida em que “(...) qualquer que seja o direito aplicável ao fundo da causa, ainda que não seja o direito português, cabe *pedido de anulação* ao abrigo do tal art. 46º da LAV, das sentenças proferidas sobre arbitragens internacionais

⁷⁶⁵ Cfr. MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, *ob.cit.*, pp. 103. A título de curiosidade, EMMANUEL GAILLARD enuncia os casos clássicos de intervenção da ordem pública internacional em sede de DIP: “[the] classic examples of international public policy are cases involving corruption, customs offences, embargo, apartheid, drug trafficking and antitrust violations” – cfr. GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator...”, *ob.cit.*, pp. 212. Poderá ainda colocar-se a interessante questão de saber se poderá atuar a ordem pública internacional aquando da verificação de que determinado litígio não poderia ter sido resolvido com recurso à arbitragem, sendo que este não será o local ideal para desenvolver esta extensa temática, antes preferindo remeter para o escrito por JEFFREY STEMPEL – cfr. STEMPEL, Jeffrey W., “Pitfalls of Public Policy: the case of arbitration agreements”, in “*St. Mary’s Law Journal*”, volume n.º 22, ano de 1990, pps. 259-355 – e por ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA - cfr. CRISTAS, Assunção, e GOUVEIA, Mariana França, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.7.2008, Proc. 1698/08”, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 29, ano de 2010, pps. 41-56. Para casos de violação de ordem pública internacional em arbitragens relacionadas com o direito do trabalho, cfr. MELTZER, Bernard D. “After the Labor Arbitration Award: The Public Policy Defense”, in “*Industrial Relations Law Journal*”, volume 10, n.º 2, ano de 1988, pps. 241-257.

⁷⁶⁶ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem...”, *ob.cit.*, pps. 196-197. LIMA PINHEIRO refere ainda que por serem incluídos, no conceito de ordem pública internacional, direitos fundamentais consagrados expressamente pela Constituição da República Portuguesa, “(...) o controlo da conformidade da decisão com a ordem pública internacional é imposto pela própria Constituição” – cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in “*R.O.A.*”, ano 67, volume 3, Dezembro do ano de 2007, pps. 1-8, mais precisamente na pp. 4 – disponível para *download* em www.oa.pt. De facto, ainda que se entendam os Estados como pró-arbitragem, fará sentido na nossa opinião que estes ainda assim limitem a autonomia da vontade das partes, no intuito de preservar a integridade do seu ordenamento jurídico e os direitos daqueles que, não sendo partes na arbitragem, podem ser direta ou indiretamente afetados – cfr. PERLOFF, Saul, *ob.cit.*, pp. 329. Ainda, cfr. GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 97-108.

⁷⁶⁷ Nota-se aqui a influência que a Lei-Modelo da UNCITRAL exerceu no legislador nacional, já que no art. 34.º (2) (b) (ii) daquela se consagra de igual modo a mesma previsão. No entanto, é a própria UNCITRAL a referir que deve ser interpretado esse mesmo preceito de forma restritiva, devendo ser aplicável apenas em casos excepcionais, nomeadamente quando um princípio fundamental do direito, ética ou justiça tenha sido violado, quando a sentença arbitral ofenda explicitamente os mais básicos princípios gerais de justiça e equidade, ou ainda quando essa mesma sentença atente contra as bases da vida pública ou económica do Estado no qual se incluirá o preceito – cfr. UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest...”, *ob.cit.*, pp. 160.

sedeadas em Portugal (...)” – que é isso que significa a referência legal às “(...) sentenças proferidas em Portugal numa arbitragem internacional – mas que vão produzir os seus efeitos além fronteiras”⁷⁶⁸. Da interpretação conjunta dos dois preceitos é possível clarificar a intenção do legislador nacional em permitir a anulação das sentenças arbitrais internacionais, proferidas em Portugal, ainda que visem apenas produzir efeitos numa outra ordem jurídica⁷⁶⁹. Acresce ainda, relativamente ao art. 54.º da NLAV, que caso se pretenda que uma sentença arbitral internacional seja reconhecida ou executada no Estado português, podendo os respetivos efeitos repercutir-se no ordenamento jurídico, permitir-se-á igualmente a sua anulação caso exista uma clara incompatibilidade entre os resultados decorrentes daquela⁷⁷⁰ – e não o seu conteúdo, já que tal situação encontra-se englobada no espírito da alínea referida do art. 46.º da NLAV, que prevê precisamente a impugnação do seu conteúdo – e os princípios constantes da ordem pública internacional portuguesa⁷⁷¹. Repare-se que foi útil a inclusão da expressão “internacional” no referido art. 46.º da NLAV, porquanto na vigência da anterior LAV vários debates foram surgindo no sentido de se entender se a possibilidade de estabelecer limites pela figura em análise efetivamente lhe dizia respeito, ou antes à ordem pública interna⁷⁷².

No entanto, o art. 54.º da NLAV não se encontra isento de críticas, sendo que SAMPAIO CAMELO considera infeliz a sua redação por entender, entre outros motivos, que aquele não engloba a atuação da exceção de ordem pública internacional relativamente a sentenças arbitrais internacionais às quais tenha sido aplicado, ao mérito

⁷⁶⁸ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, “*ob.cit.*”, pps. 648-649.

⁷⁶⁹ Tal esclarecimento, contudo, resultava já dos arts. 49.º (2) e 61.º da NLAV, que sujeitam à NLAV toda e qualquer arbitragem situada em Portugal.

⁷⁷⁰ ROBIN DE ANDRADE afirma que o preceito do art. 54.º da NLAV tem um efeito corretivo do art. 46.º do diploma, visto que admite a possibilidade de se impedir a execução em Portugal de sentença arbitral ofensiva da ordem pública internacional, ainda que tenha já decorrido e expirado o prazo de anulação da mesma – cfr. ANDRADE, José Robin de, “Balanço de um ano de vigência da nova lei da arbitragem voluntária”, in “*VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho de 2014, pps. 147-159, mais precisamente na pp. 157.

⁷⁷¹ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *ob.cit.*, pps. 650-651. No sentido de apenas deverem relevar os resultados e não os fundamentos de facto ou de direito, diga-se o conteúdo da sentença arbitral, cfr. CORDEIRO, António Menezes, “A Ordem Pública...”, *ob.cit.*, pps. 92-93 e 99.

⁷⁷² Cfr. CRISTAS, Assunção, e GOUVEIA, Mariana França, *ob.cit.*, pps.48-49. LIMA PINHEIRO entendia, contra o caráter taxativo do art. 27.º da LAV, dever ser de considerar para efeitos de anulação da decisão arbitral, o desrespeito pela ordem pública internacional – cfr. FERREIRA, Rui, “Anulação da Decisão Arbitral. Taxatividade dos Fundamentos de Anulação”, in “*Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*”, coordenação de Mariana França Gouveia, Almedina, Coimbra, ano de 2011, pps. 201-230, mais precisamente na pp. 209. RUI FERREIRA, no entanto, já em referência à proposta de NLAV apresentada pela Associação Portuguesa de Arbitragem, realçava que relativamente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais internacionais importava o agora art. 54.º da NLAV o respeito pela ordem pública internacional do Estado português – *Ibidem*, pp. 208.

do litígio, o direito português⁷⁷³. Também relativamente ao art. 190.º (1) (2) (e) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, de conteúdo idêntico, se têm levantado inúmeras críticas decorrentes de posições doutrinárias e jurisprudenciais distintas, na medida em que há quem defenda que a expressão “ordem pública” deve restringir-se à ordem pública do Estado suíço⁷⁷⁴, enquanto para outros autores se entende que aquela deve respeitar primeiramente à “(...) ordem pública internacional do Direito aplicável a mérito da causa (...)”, e de modo subsidiário à mesma figura dos Estados que “(...) tenham um interesse preponderante no respeito das suas normas e princípios fundamentais (...)” - neste caso a jurisprudência assume-se enquanto claramente internacionalista, em virtude de entender que àquela expressão se deve dar o entendimento de uma ordem universal, que englobe princípios fundamentais hoje reconhecidos em todos os Estados civilizados, numa clara defesa da teoria que entende que a arbitragem não tem um foro e é verdadeiramente autónoma em relação aos sistemas legais estaduais⁷⁷⁵.

A própria Convenção de Nova Iorque de 1958, no art. V (2) (b) estabelece a possibilidade de recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral internacional, por um tribunal estadual, quando aquela atente contra a ordem pública desse mesmo Estado. Não clarificando o normativo a ordem pública a que se refere – se interna, se internacional –, se analisarmos o preceito em conformidade com a cláusula 1.ª (a) e (b) das recomendações da *International Law Association* de 2002, chegamos à conclusão que devem ter-se em consideração, para efeitos desta recusa, as normas que contrariem a ordem pública internacional, sendo que a alínea (d) dessa mesma cláusula 1.ª considera ser de se incluir na ordem pública internacional, para efeitos de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral internacional, os princípios estruturantes do Estado onde se deseja ver reconhecida ou executada a sentença, as regras que sirvam interesses políticos, económicos ou sociais essenciais desse Estado, e ainda o seu dever de respeito perante outros Estados e demais organizações internacionais⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “A impugnação da Sentença Arbitral”, Coimbra editora, Coimbra, 1.ª edição, Março do ano de 2014, pps. 85-94.

⁷⁷⁴ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 51.

⁷⁷⁵ *Idem.*

⁷⁷⁶ Cfr. ICCA, *ob.cit.*, pps. 110-112.

Ora, todos os Estados que sejam parte na dita Convenção encontram-se vinculados ao citado artigo do diploma⁷⁷⁷. Contudo, importará sempre esclarecer que são raros os casos em que se recusa o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral internacional por força da intervenção da ordem pública internacional, porquanto a interpretação que é conferida ao preceito é largamente restritiva, devendo apenas este atuar quando sejam violadas “(...) *las nociones más básicas del foro de moralidad y justicia (...)*”, numa tentativa de assegurar uma livre circulação internacional de decisões arbitrais “(...) *que se amparan en principios internacionales o soluciones de tinte universal*”⁷⁷⁸. De tal modo, em matéria de arbitragem comercial internacional crêem os práticos, nomeadamente os próprios árbitros, que a matéria das restrições impostas pela ordem pública internacional é mais importante a nível teórico que na prática⁷⁷⁹. No entanto, e apesar dessa afirmação, importará sempre estar preparado para analisar a questão no âmbito prático de uma arbitragem em que estejam em jogo interesses do comércio internacional, porquanto inegavelmente estamos perante uma figura que impõe limites à livre escolha do direito, quando essa mesma escolha atente contra valores fundamentais que não podem ser derogados ou ignorados pelo tribunal internacional.

Nunca olvidando a delicadeza de que carece o tratamento da relação existente entre a arbitragem comercial internacional e a ordem pública internacional⁷⁸⁰, importa ainda acrescentar que não apenas os tribunais estaduais devem ter um papel ativo nesta matéria. De facto, aos árbitros cabe igualmente um papel de relevo quanto à análise do conteúdo da figura em estudo, na medida em que é seu dever não aplicar no decurso da arbitragem qualquer norma ou conjunto de normas, e até qualquer provisão contratual

⁷⁷⁷ Importará contudo reter que o art. VII (1) da Convenção atribui a si própria um “(...) carácter parcialmente subsidiário (...)”, reconhecendo que caso as fontes nacionais ou outras fontes internacionais a que os Estados se encontrem igualmente vinculados comportarem um regime mais benéfico relativamente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais previsto na Convenção, será de aplicar tal regime – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “A Ordem Pública...”, *ob.cit.*, pp. 44.

⁷⁷⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 463.

⁷⁷⁹ Cfr. STRONG, S. I., “Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns”, in “*Journal of International Law*”, volume 30, n.º 1, ano de 2008, pps. 1-100, mais precisamente na pp. 65.

⁷⁸⁰ Em sentido condizente com a delicadeza e importância que caracteriza a presente temática, GONZÁLEZ DE COSSÍO considera que uma decisão do Supremo Tribunal Mexicano de Novembro do ano de 2012 que tentou definir a expressão ordem pública é, sem dúvida alguma, a decisão acerca de matéria de arbitragem mais importante em vinte anos de enraizamento, naquele Estado, da arbitragem moderna – recorde-se que o México adotou as recomendações da Lei-Modelo da UNCITRAL em 1993 – cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Public Policy in Mexico: Rights, Mishaps and Subtleties”, in “*VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho do ano de 2014, pps. 61-71, mais precisamente nas pps. 68-69.

adotada pelas partes, que seja contrária à ordem pública internacional. Apresenta-se tal poder numa das poucas, mas legítimas, oportunidades de derrogação do princípio da autonomia da vontade das partes em sede de arbitragem comercial internacional⁷⁸¹.

Assim, por maioria de razão, consideramos igualmente que os árbitros, na procura pelo direito aplicável na arbitragem, quando não tenha existido escolha pelas partes, estarão vinculados pela mesma obrigação de respeito pelos preceitos da ordem pública internacional. Na verdade, dos árbitros é esperado um comportamento que, de acordo com as suas relevantes funções no âmbito do comércio internacional, tenha em conta a sua obrigação de respeitar não apenas as provisões contratuais e a vontade das partes, mas também o interesse público intrinsecamente ligado à sentença arbitral internacional que vão proferir, sendo neste poder-dever que se incluirá o dever de respeito pela ordem pública internacional⁷⁸². Entendemos portanto que “(...) *public policy considerations may legitimately influence the approach of arbitrators to determining the contents of applicable law (...)*”, em sentido complementar e como força de controlo exercida sobre a liberdade contratual e arbitral, características da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios do comércio internacional⁷⁸³.

Deste modo, e no espírito do previsto no art. 41.º do regulamento de arbitragem da ICC, somos a entender que deverão os árbitros internacionais sempre proferir uma sentença arbitral que seja executável perante a lei, ou diga-se antes, que possa ser validamente reconhecida, e acerca da qual à partida não deva existir fundamento para anulação, devendo portanto aqueles tentar antecipar o conteúdo impreciso da ordem pública internacional que relevará para efeitos da sentença a proferir⁷⁸⁴. Nesse sentido, incumbe aos árbitros internacionais rejeitar incluir na sentença arbitral qualquer provisão que se afigure contrária à ordem pública internacional relevante no caso concreto, decorrente do sistema legal que consideraram ser aplicável ao caso específico, tal como é seu dever recusar essa mesma aplicação quando uma das partes o alerte para tal, e por consequente o árbitro detete que de facto poderá ser violada a ordem pública

⁷⁸¹ Cfr. FOUCARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 860-861.

⁷⁸² Cfr. MOSES, Margaret L., *ob.cit.*, pps. 81-82.

⁷⁸³ Cfr. BROZOLO, Luca Radicti Di, e FRIEDMAN, Mark, e DE LY, Filip, *ob.cit.*, pp. 216.

⁷⁸⁴ Cfr. UNCITRAL, “Dispute Settlement...”, *ob.cit.*, pp. 28.

internacional relevante. Atuam, portanto, os árbitros enquanto defensores da integridade e desenvolvimento do comércio internacional e do próprio instituto da arbitragem⁷⁸⁵.

Assim sendo, deverão os árbitros, no caso concreto, tentar descortinar qual o conteúdo da figura em análise, o que lhes permitirá aferir da validade da escolha do direito realizada pelas partes, ou por si próprios. Numa tentativa de preenchimento de um conceito indeterminado caracterizado pela sua indeterminação⁷⁸⁶, que novamente reiteramos deverá ser preenchido casuisticamente num juízo crítico e objetivo que permita garantir a não colisão da sentença arbitral com os princípios da ordem pública⁷⁸⁷, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, numa interessante posição, defendem que os árbitros deverão ter em consideração, para efeitos de determinação do conteúdo da ordem pública internacional, não apenas o conteúdo daquela nos países com os quais a arbitragem comercial internacional tenha uma efetiva conexão e nos quais seja previsível que venha a ser reconhecida e executada, mas antes numa perspetiva globalizante que abarque igualmente princípios jurídicos fundamentais universais consagrados a nível internacional e enraizados na comunidade internacional⁷⁸⁸. A teoria proposta denota uma aproximação à figura que MANUEL BARROCAS e LIMA PINHEIRO entendem enquanto ordem pública transnacional, figura já *supra* mencionada, que o primeiro Autor distingue a nosso ver de forma correta, do conceito de ordem pública internacional a que aqui nos estamos a referir. Segundo MANUEL BARROCAS estarão àquela vinculados os árbitros internacionais, sendo a mesma composta “(...) pelos princípios ou regras fundamentais, geralmente reconhecidos pela comunidade internacional, a que todo o julgador deve obediência e aos quais as partes não podem renunciar (...)”, cuja existência se afigura necessária de modo a engrandecer a autonomia da arbitragem internacional face à arbitragem interna,

⁷⁸⁵ Cfr. BANIASSADI, Mohammad Reza, “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”, in “*International Tax & Business Lawyer*”, volume 10, ano de 1992, pps. 59-81, mais precisamente nas pps. 80-81.

⁷⁸⁶ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration: Law and Practice”, *ob.cit.*, pp. 247. PINTO MONTEIRO refere que “(...) a ordem pública é, e será sempre, uma cláusula geral, indefinível conceitualmente, um conceito necessariamente em branco, sensível ao sistema jurídico em que se encontra inserido e volátil” – cfr. MONTEIRO, António Pedro Pinto, *ob.cit.*, pp. 54.

⁷⁸⁷ Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura, e SORARES, Maria Ângela Bento, *ob.cit.*, pps. 422-423.

⁷⁸⁸ Cfr. FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, *ob.cit.*, pps. 861-863. Outra doutrina tem suportado o entendimento dos Autores mencionados, alegando que deverá ter-se em consideração não apenas a ordem pública internacional de um Estado, mas de todos aqueles que tenham interesse em impor a sua própria ordem pública internacional, cumulativamente com o facto de se dever ter sempre em consideração as necessidades do comércio internacional – cfr. CURTIN, Kenneth-Michael, “Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws”, in “*Defense Counsel Journal*”, n.º 64, ano de 1997, pps. 271-284, mais precisamente na pp. 281.

e ainda porque consagra “princípios e valores comumente aceites” a nível universal⁷⁸⁹. Relativamente a esta ordem pública transnacional, ou verdadeiramente internacional na ótica dos autores franceses, MORENO RODRÍGUEZ entende igualmente que o seu conteúdo, de forma óbvia, se afasta do conteúdo da figura que nos encontramos a estudar, pelo que opta por referir que esta deveria antes ser entendida enquanto englobada na aceção positiva de ordem pública internacional, tendo como principal função a de influenciar a decisão dos aplicadores do direito, quando aquela dependa de noções universais relacionadas com o interesse do comércio internacional e com a interpretação da vontade das partes nos contratos⁷⁹⁰.

Ainda assim, EMMANUEL GAILLARD subscreve a teoria de que apenas se deverá restringir a liberdade das partes, decorrente do princípio da autonomia da vontade enquanto orientador da escolha do direito aplicável em sede de DIP e da arbitragem comercial internacional, por força da violação de uma ordem pública característica do comércio internacional, figura similar se não idêntica à de ordem pública transnacional que referimos, e que consideramos diferente da ordem pública internacional que pensamos dever atuar nos termos do presente subcapítulo⁷⁹¹.

REDFERN e HUNTER, numa visão claramente mais restritiva do que a defendida pelos Autores franceses, consideram que “[*recognition*] and *enforcement of an arbitral award may be also refused if it is contrary to the public policy of the enforcement State*”⁷⁹², apenas relevando para os autores a ordem pública internacional do Estado no qual se irá requerer o reconhecimento e execução da decisão. Já GARY BORN, referindo-se aos tribunais norte-americanos, explica que se encontra fixada a ideia de que os fundamentos de intervenção da ordem pública são utilizados de forma igualmente restrita, devendo aqueles basear-se em “(...) *explicit and clearly-defined ‘laws and legal precedents’; equally, the public policy in question must, for this purposes, be ‘fundamental’ and ‘substantial’*”⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 686.

⁷⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, *ob.cit.*, pp. 460.

⁷⁹¹ *Ibidem*, pp. 466.

⁷⁹² Cfr. BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, *ob.cit.*, pp. 656.

⁷⁹³ Cfr. BORN, Gary B., “International Arbitration...”, *ob.cit.*, pps. 247.

Ora, embora se aceite que determinados princípios de ordem pública internacional são similares na maioria dos países desenvolvidos⁷⁹⁴, há que referir quanto à teoria defendida por FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN que a procura pela unanimidade de aceitação de determinados princípios jurídicos na multiplicidade de Estados existentes afigurava-se, se não impossível, tarefa árdua e demasiado dispendiosa para os árbitros internacionais. Tal posição de cariz internacionalista deprivaria ainda a ordem pública internacional de uma das suas características mais marcantes: o encontrar-se intrinsecamente relacionada com um determinado Estado e com seus pilares estruturantes. De facto, visa-se com a limitação imposta pela figura em mérito a salvaguarda de princípios fundamentais de justiça substantivos e adjetivos de um determinado Estado, não podendo portanto a decisão da escolha do direito aplicável colocar em questão valores jurídicos essenciais dessa específica ordem jurídica onde a decisão arbitral pretende exercer os seus efeitos⁷⁹⁵.

De tal modo, embora se reconheça o mérito decorrente da tentativa de uniformização de decisões arbitrais e estaduais proposta pelos Autores franceses, somos a demonstrar a nossa preferência pelas teses mais restritas que defendem que deverão circunscrever-se as limitações impostas pela ordem pública internacional ou aos princípios estruturantes do Estado no qual se pretende o reconhecimento e execução da sentença arbitral internacional⁷⁹⁶, ou do Estado onde se encontra localizada a arbitragem comercial internacional⁷⁹⁷ ou, numa visão que ainda assim nos coloca reserva por força da grande abrangência que pode implicar, aos valores orientadores e base dos Estados

⁷⁹⁴ *Ibidem*, pps. 246-247.

⁷⁹⁵ Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura, e SORARES, Maria Ângela Bento, *ob.cit.*, pp. 422.

⁷⁹⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável ...”, *ob.cit.*, pp. 52.

⁷⁹⁷ Este último critério é o que se encontra fixado na maioria das fontes da arbitragem comercial internacional, que apontam para o dever de respeito da ordem pública internacional do Estado em que está localizada a arbitragem, tal como sucede na NLAV, na Lei-Modelo da UNCITRAL, ou na Convenção de Nova Iorque – cfr. BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual...”, *ob.cit.*, pp. 476. Contudo, DÁRIO MOURA VICENTE entende apenas relevar, para efeitos da decisão arbitral, a ordem pública internacional do Estado português “(...) se e na medida em que tal sentença se destine a ser executada ou a produzir outros efeitos em território nacional (...)”, devendo portanto o Estado português ter com aquela arbitragem internacional uma real conexão substantiva, dando-se de tal modo provimento ao estabelecido na Exposição de Motivos da Proposta de Nova Lei da Arbitragem Voluntária do Governo português em 2011, submetida à apreciação da Assembleia da República portuguesa, na qual existiu clara intenção de “(...) promover a localização de arbitragens internacionais em território nacional” – cfr. VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável...”, *ob.cit.*, pp. 50. Ora, tal apenas será conseguido caso o sistema legal português em matéria de arbitragem internacional imponha limites que se possam considerar razoáveis quanto à atuação da ordem pública internacional, que por implicar a anulação de sentenças arbitrais proferidas no território nacional, deverá apenas relevar quando essa mesma sentença produza efeitos em Portugal – cfr. VICENTE, Dário Moura, “Impugnação da sentença arbitral e ordem pública”, in “VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções”, Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa, Almedina, ano de 2013, pps. 137-150, mais precisamente na pp. 150.

que apresentem uma real, efetiva e objetiva conexão com a arbitragem, o que poderá ser impossível face à diversidade axiológica existente de Estado para Estado, e atentando sempre num dos princípios marcantes do DIP que visa exprimir de modo claro valores sociais: o respeito pela identidade cultural de cada Estado⁷⁹⁸.

⁷⁹⁸ Deverá aqui o árbitro internacional pesar de igual modo os interesses objetivos decorrentes da ordem pública internacional de cada um dos Estados, porquanto considerará que todos os sistemas legais apresentam similar conexão e importância com a causa. Através deste método será possível prever a força de que gozará a sentença por ele proferida nos vários Estados – cfr. ATHANASAKIS, Dimitrios, *ob.cit.*, pp. 21.

Conclusões

Pese embora a origem do instituto da arbitragem comercial internacional remonte há vários séculos, este tem sido desenvolvido e debatido com maior fulgor nas duas últimas décadas, fruto das necessidades emergentes da globalização do comércio e das práticas internacionais. A arbitragem comercial internacional apresenta-se enquanto meio privado que visa a resolução de litígios comerciais decorrentes do comércio internacional, entre duas ou mais pessoas estabelecidas ou não em diferentes Estados, em que a sentença é proferida por árbitros internacionais cujo poder para tal resulta da vontade expressa das partes através da submissão do litígio à via arbitral, e cujo caráter é final e vinculativo para as partes contraentes.

São várias e diversificadas as fontes do instituto da arbitragem comercial internacional, sendo que estas podem ser divididas em três grandes grupos. Em primeiro lugar, refiram-se as fontes públicas nacionais - resultam dos regimes legais aplicáveis ao instituto da arbitragem nos diferentes sistemas legais nacionais. Em segundo lugar, cumpre mencionar as fontes públicas internacionais da arbitragem, nas quais se incluem convenções internacionais como a Convenção de Nova Iorque de 1958, a jurisprudência arbitral internacional, os princípios gerais de direito aplicáveis ao instituto em mérito, assim como outros instrumentos desenvolvidos por entidades supranacionais, entre os quais se contam, nomeadamente, as regras da UNCITRAL aplicáveis a arbitragens internacionais *ad-hoc*. Também os usos e costumes do comércio internacional, assim como a *soft law* internacional se apresentam como fontes públicas internacionais da arbitragem comercial internacional. Finalmente, existem igualmente fontes privadas da arbitragem comercial internacional, em regra resultantes dos trabalhos desenvolvidos por instituições de arbitragem com caráter marcadamente internacional – centros de arbitragem institucionalizada, como a ICC e o LCIA.

No que concerne a especificidades relevantes em matéria de comércio internacional, destaque-se a relevância da *lex mercatoria*, a mais importante fonte costumeira em sede de comércio internacional, de conteúdo universal, independente da ação dos órgãos estaduais, e uniformizadora da temática da regulação de situações jurídicas que advenham das práticas comerciais globais. Contudo, o caráter incompleto, incerto e vago do seu conteúdo leva a concluir que se não nos afigure como pacífico que possa autonomamente ser aplicável ao mérito do litígio numa arbitragem comercial

internacional. Pelo contrário, deverá servir como complemento à escolha de um sistema legal estadual que não se apresente completo o suficiente para regular e solucionar as especificidades de uma relação jurídica de cariz internacional. No entanto, existem avanços significativos a nível de codificação dos usos e costumes do comércio internacional, como os princípios UNIDROIT. Ainda que tenha existido um incremento de segurança, certeza e previsibilidade relativamente ao conteúdo dos usos comerciais, novamente defendemos que poderão ser de utilidade acrescida os princípios UNIDROIT como conjunto de regras a ter em consideração, pelos árbitros internacionais, aquando da decisão arbitral, sendo que tal conveniência se encontra já plasmada em diversas fontes da arbitragem comercial internacional.

No que respeita à *soft law*, cumpre referir que embora os seus instrumentos característicos careçam de força vinculativa legal à partida, são aptos a produzir efeitos práticos legais, ainda que indiretos e condicionados. Apresentam tais instrumentos inegáveis vantagens, como o sejam a possibilidade do seu desenvolvimento em estágios posteriores, a suscetibilidade de impulsionar a criação de legislações nacionais de modo harmonizado e coordenado, entre outras. O mais relevante instrumento de *soft law* no âmbito da arbitragem comercial internacional é a Lei-Modelo da UNCITRAL, cuja adoção por parte dos Estados se pretende flexível. O instrumento em mérito tem um papel de enorme relevo no desenvolvimento do instituto da arbitragem comercial internacional, permitindo uma harmonização de elevado grau relativamente às disposições legais domésticas relativas à arbitragem.

Afigura-se enquanto possível, numa arbitragem comercial internacional, que a decisão acerca do mérito do litígio se baseie na equidade, vista enquanto modo de realizar o direito, em que existe a possibilidade de atenuar alguns dos seus aspetos mais formais. Expressamente previsto nas mais diversas fontes da arbitragem, o julgamento *ex aequo et bono* pressupõe, na nossa opinião, que a equidade seja percebida na sua aceção forte. De facto, entendemos que aos árbitros é permitido afastarem-se de disposições estritas normativas, relevando antes critérios de razoabilidade e justiça decorrentes do próprio litígio aquando da tomada de decisão. Não obstante, os árbitros devem sempre manter o respeito pelos preceitos contratuais, pelos princípios estruturantes e fundamentais que se encontrem efetivamente em conexão com a arbitragem, pela vontade das partes, ou pela ordem pública internacional dos Estados relevantes na relação jurídica em questão. Caso decida segunda a equidade, a opção do

tribunal arbitral não poderá deixar de ser fundamentada em sede de sentença arbitral, de modo a garantir um elevado e deveras desejável grau de transparência. Porém, preferimos as vantagens decorrentes do julgamento segundo o direito constituído, sendo que nesse mesmo sentido vai a *praxis* arbitral, na medida em que por força do carácter incerto subjacente à utilização do julgamento segundo a equidade, tal possibilidade não é, em regra, utilizada pelas partes.

Situação diversa do julgamento segundo a equidade é a possibilidade conferida aos árbitros internacionais de atuarem enquanto *amiable compositeurs*. O poder de atuar desta forma não permite aos árbitros uma igual liberdade quando comparada ao julgamento *ex aequo et bono*, antes podendo aqueles moderar os efeitos de determinada lei que se considere aplicável, corrigindo-os se entenderem necessário. Visa-se, com a composição amigável dos interesses em jogo, alcançar uma solução compatível com a vontade de ambas as partes, e que possibilite a manutenção do interesse daquelas na relação jurídica que originou o litígio.

Contudo, e condizente com a nossa tomada de posição, a regra é a realização do julgamento arbitral segundo o direito constituído, que poderá ser alvo de escolha pelas próprias partes, ou antes pelos árbitros internacionais, na falta de designação pelas primeiras.

No que concerne à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio pelas partes, desde logo refiramos que tal possibilidade de escolha advém da consagração do princípio da autonomia da vontade. Este confere às partes, entre outros poderes, o de configurarem livremente o conteúdo dos contratos que celebram, no sentido de auto-governarem a sua esfera jurídica contratual. Em sede de DIP, a máxima consagração da autonomia da vontade repercute-se na faculdade de as partes poderem seleccionar qual o direito que regulará a sua relação jurídica privada internacional. Consagrado em inúmeras fontes do instituto da arbitragem, assegura-se com a sua previsão elevados graus de certeza e segurança jurídicas subjacentes às expectativas das partes, que melhor saberão qual o normativo que se adequa à regulação da situação concreta.

No que respeita à relação entre o direito escolhido pelas partes e a relação jurídica subjacente ao litígio, hoje em dia rejeita-se por completo a necessidade de existência de uma conexão entre ambos, posição com a qual concordamos. Tal sucede

porquanto, não raras vezes, será vontade das partes proceder à escolha de um normativo que se apresente enquanto neutro e imparcial relativamente a ambas.

Enquanto a designação expressa do direito aplicável ao mérito do litígio se não afigura problemática, existem indícios que constituem evidência clara de que um determinado normativo foi, de facto, tacitamente escolhido pelas partes. Somos a acreditar que apenas casuisticamente será perceptível, para os árbitros, a hipotética vontade das partes, decorrente da análise quer das disposições contratuais, quer das circunstâncias envolventes da arbitragem.

Aceita-se como momento viável para a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio, pelas partes, o momento da celebração do contrato que dá origem à arbitragem, via inserção no mesmo de uma convenção arbitral, bem como existe a possibilidade de designação do direito após o surgimento do litígio arbitral. Caso estejamos perante uma reversão ou modificação de uma escolha prévia realizada pelas próprias partes, entendemos neste caso ser de sujeitar à apreciação do tribunal arbitral tal alteração.

No que à efetiva escolha do normativo concerne, podem as partes optar por escolher um sistema legal de um determinado Estado, numa hipótese que tem vindo a entender-se enquanto mais segura, previsível e certa comparativamente à seleção de normas internacionais. Deverão, neste caso, ter em consideração o desenvolvimento, estabilidade, adequação e características próprias dos sistemas legais equacionados. A escolha tende a recair sobre: a lei pessoal de uma das partes; uma lei neutra que não apresente evidente ou objetiva conexão nem com a arbitragem, nem com nenhuma das partes; o DIP do Estado da sede do tribunal arbitral; uma lei nacional estabilizada; uma lei que garanta a invalidade, total ou parcial, do contrato que deu origem à arbitragem. As partes podem ainda proceder a uma escolha negativa – via exclusão dos sistemas legais de um ou mais Estados -, ou à seleção de várias leis destinadas a regular diferentes aspetos do contrato internacional, via utilização do instituto do *depeçage*. Finalmente, poderão recorrer à teoria do *tronc commun*, através da determinação de aspetos comuns a dois sistemas legais diversos enquanto aplicáveis aos mesmos preceitos contratuais em análise na sentença arbitral.

Concluimos ainda pela inoperabilidade do reenvio em matéria de escolha de direito aplicável ao mérito do litígio quando esteja em causa a designação, pelas partes, do sistema legal estadual, sendo portanto de aplicar o direito material daquele, e não o seu sistema conflitual.

Podem igualmente optar as partes pela seleção de normas com carácter internacional, especialmente redigidas tendo em conta as especificidades derivadas das práticas do comércio internacional. De entre as opções à disposição das partes no que respeita à escolha de normas internacionais, refira-se a possibilidade de aquelas selecionarem a *lex mercatoria* e os princípios UNIDROIT, os princípios gerais de justiça, o direito internacional público, assim como outros instrumentos – as regras dos INCOTERMS e o direito económico da União Europeia, entre outros. Contudo, são vários os autores que entendem que nenhum destes conjuntos de normas consubstancia uma ordem jurídica própria e autónoma, pelo que se não afigura possível a sua aplicação, sem mais, ao fundo da causa.

Ora, ainda que se vá de encontro à opinião da doutrina no sentido de admitir a validade e admissibilidade da escolha de normas internacionais como reguladoras do fundo da causa, igual parecer favorável não poderá ser dado quanto à oportunidade e vantagens derivadas de tal escolha, na medida em que a imprevisibilidade decorrente da sua adoção acarreta riscos superiores às vantagens que daí se possam retirar. De facto, afigura-se-nos enquanto mais vantajosa a escolha de normas internacionais cumulativamente com a escolha de um sistema legal estadual, com o objetivo de as primeiras adequarem as disposições destes às necessidades e especificidades que resultam das práticas do comércio internacional.

Contudo, nem sempre as partes operam a escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, pese embora as inegáveis vantagens que decorrem de tal ónus que lhes é conferido. Quando tal suceda, caberá aos árbitros internacionais proceder à escolha do direito aplicável.

O árbitro internacional é o detentor dos poderes necessários para a resolução do litígio arbitral, conferidos pelas próprias partes por via da celebração de contrato de árbitro, devendo este assumir-se enquanto um contrato de prestação de serviços. Surgem da sua celebração obrigações e direitos. Entre as primeiras refiram-se os deveres de atuar com o devido cuidado, de agir com a devida diligência e celeridade, de agir

judicialmente, de independência, de respeitar o previsto nas “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”, entre outros. Já no que respeita aos principais direitos dos árbitros, refiram-se os seus direitos pecuniários, assim como os relativos à independência que aqueles têm em relação a diretrizes emitidas pelas partes.

Na escolha do direito aplicável, os árbitros podem optar por utilizar o método direto, no qual se pretende conferir a estes o poder de proceder à designação direta do direito que entendam ser o mais adequado a aplicar ao fundo da causa, sempre devendo escolher o normativo que, de acordo com as circunstâncias com que se deparam, seja com estas o mais consentâneo. Com clara tendência de autonomização e incremento de independência do instituto da arbitragem relativamente aos sistemas legais estaduais e respetivos regimes de DIP, com o presente não se exclui a possibilidade de escolha, pelos árbitros, de uma norma de conflitos pré-existente, caso aqueles entendam ser esta a decisão mais apropriada à realidade com que se deparam. Contudo, na nossa opinião subsiste a possibilidade de inadequação da solução pelos árbitros proposta, assim como uma possível arbitrariedade que pode estar subjacente a uma escolha direta, nunca descurando da insegurança e imprevisibilidade que tamanho poder nas mãos dos árbitros pode comportar.

Noutro sentido, pretende-se com a utilização do método conflitual que os árbitros internacionais sejam guiados pelas remissões estabelecidas pelas normas de conflitos que entendam, ao caso específico, ser aplicáveis. Deste modo, caberá ao tribunal arbitral aferir todas as circunstâncias inerentes à relação existente entre as partes na arbitragem, de modo a localizar quais os sistemas legais que com ela apresentem uma real e relevante ligação, sendo que da utilização do presente método apenas poderão considerar-se aplicáveis normas nacionais ao mérito do litígio. Poderá suceder que nem sempre se utilize apenas uma norma de conflitos, antes podendo haver uma aplicação cumulativa de várias com que se depare o tribunal arbitral, e que remetam para a aplicação de um mesmo direito. Assim se garante um elevado grau de certeza e segurança subjacentes à decisão arbitral, que se pode considerar expectável pelas partes, sendo esta a solução que se nos afigura mais sustentável. Contudo, quando tal concordância não exista, deverá o tribunal arbitral socorrer-se dos princípios gerais de DIP na busca da norma passível de ser aplicada. Ora, na referida busca, segundo a nossa opinião, deveriam ser estabelecidos critérios, por quem de competência e legitimidade seja dotado, para que fosse possível às partes antever, com maior

previsibilidade e certeza, qual o resultado que pode advir da utilização do método conflitual.

Desde a redação da Convenção de Roma de 1980 tem surgido doutrina que propugna pela aplicação, em sede de arbitragem comercial internacional, do critério da conexão mais estreita existente entre um determinado direito e a relação jurídica subjacente ao litígio arbitral. Visa-se com a sua utilização a aplicação ao caso concreto do direito que se baseie numa real, efetiva, objetiva, comprovada e fundamentada conexão existente entre o sistema legal em questão e o contrato que deu origem à arbitragem, dependendo sempre a sua aplicação de uma aferição casuística resultante de um exercício mental crítico levado a cabo pelos árbitros. Devido ao elevado incremento na segurança e certeza jurídicas que advêm da sua adoção, claramente nos demonstramos adeptos da utilização do critério da conexão mais estreita.

É pacificamente aceite que o direito escolhido pelos árbitros possa ser um direito estadual, existindo dúvidas, contudo, relativamente à validade e oportunidade de o objeto da escolha do direito aplicável recair sobre um direito não estadual. Aceita-se que caso as fontes relevantes para a arbitragem concreta permitam a escolha, pelos árbitros, de normas internacionais, tal seleção será efetivamente possível. Idêntico entendimento existe quando sejam as próprias partes a autorizar os árbitros neste sentido. Porém, os instrumentos jurídicos internacionais passíveis de serem aplicados ao mérito da causa são dotados de uma inevitável incompletude normativa, característica pela qual suportamos o entendimento que se retirarão mais vantagens via utilização dos mesmos como forma de complemento à aplicação de um direito estadual ao fundo da causa, este sim verdadeira ordem jurídica. Tal utilização cumulativa justifica-se na medida em que as normas internacionais foram especialmente redigidas para dar resposta a matérias atinentes ao comércio internacional, respeitando as suas especificidades e afastando-as das particularidades internas características dos sistemas legais estaduais.

De tal modo, em jeito de tomada de posição, e independentemente da validade da seleção, desaconselhamos a escolha de normas internacionais, uma vez que o atual estado de uniformização e desenvolvimento de instrumentos internacionais não garante ainda importantes valores que entendemos deverem encontrar-se fortemente ligados à arbitragem: a segurança e certeza jurídicas.

Quer a escolha do direito aplicável seja feita pelas partes ou pelos árbitros internacionais, deve sempre respeitar os limites impostos pela ordem pública internacional. Esta figura analisa o resultado da aplicação de um direito, verificando se este é compatível com princípios económicos, sociais, culturais, jurídicos, entre outros, de um determinado Estado, devendo portanto existir uma conexão real entre a situação em apreço e a ordem jurídica a que respeita a ordem pública.

Em sede de arbitragem, visa-se com a sua atuação permitir a anulação ou recusa de reconhecimento da sentença arbitral, caso sejam violados princípios estruturantes e basilares do Estado em que se pretendem ver produzidos os efeitos decorrentes da decisão. Caberá aos árbitros internacionais aferirem do conteúdo da ordem pública internacional no decorrer da sua atuação, preenchendo-o casuisticamente, a fim de evitarem aplicar disposições legais ou contratuais contrárias ao seu teor, e garantindo o respeito pelo interesse público decorrente das sentenças arbitrais internacionais. É nosso entender que devem ser considerados, no preenchimento do conteúdo da ordem pública internacional relevante para efeitos de arbitragem comercial internacional, os princípios estruturantes do Estado onde se pretenda ver reconhecida e executada a sentença arbitral, na medida em que se será naquele Estado que se irão produzir os principais efeitos legais decorrentes da decisão.

Bibliografia

ANDRADE, José Robin de, “Balanço de um ano de vigência da nova lei da arbitragem voluntária”, in “VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho de 2014, pps. 147-159

ANDRADE, José Robin de – v. MENDES, Armindo Ribeiro.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “O Direito – Introdução e Teoria Geral”, Almedina, 13.^a Edição Refundida, Março do ano de 2005

ATHANASAKIS, Dimitrios, “Law applicable to the merits of the arbitration dispute (an overview of the English, Swiss and French arbitration laws”, in “Munich Personal RePEc Archive”, Setembro do ano de 2008

AUDIT, Bernard, “Choice of the Applicable Law by the Parties”, in “The Application of Substantive Law by International Arbitrators”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 10-21

BANIASSADI, Mohammad Reza, “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”, in “International Tax & Business Lawyer”, volume 10, ano de 1992, pps. 59-81

BARROCAS, Manuel Pereira, “Lei de Arbitragem Comentada”, Almedina, ano de 2013

BARROCAS, Manuel Pereira, “Manual de Arbitragem”, 2.^a edição, Almedina, ano de 2013

BARROCAS, Manuel Pereira, “A Ordem Pública na Arbitragem”, in “Separata da Revista da Ordem dos Advogados”, ano 74, volume 1, Lisboa, ano de 2014, pps. 35-139

BEGIC, Taida, “Applicable Law in International Investment Disputes”, Eleven International Publishing, ano de 2005

BELOHLÁVEK, Alexander J., “Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict-of-laws Rules and the Applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and Other EU Law Standards in International Arbitration”, in “Czech Yearbook of International Law”, Juris Publishing, volume 1, ano de 2010, pps. 25-46

BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 1991 – Volume XVI”, coleção Yearbook Commercial Arbitration Set, Kluwer Law International, ano de 1991

BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 2001 – Volume XXVI”, Kluwer Law International, ano de 2001

BERG, Albert Jan van der, “Yearbook Commercial Arbitration 2003 – Volume XXVIII”, Kluwer Law International, ano de 2003, pps. 31-32

BLACKABY, Nigel, e PARTASIDES, Constantine, e REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin, “Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version”, 5.^a edição, Oxford University Press, ano de 2009

BLESSING, Marc, “Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives”, coleção “*Swiss Commercial Law Series*”, Helbing & Lichtenhahn, volume 10, ano de 1999

BOND, Stephen “How to draft an Arbitration Clause” in “*Toward a Science of International Arbitration*”, Drahozal & Naimark, ano de 2005

BOISSÉSON, Matthieu de, “Substantive Applicable Law in International Arbitration: na Arbitrator’s Perspective”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 116-127

BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, in “*Uniform Law Review*”, Oxford Journals, volume de 2000, n.º 2, Abril, do ano de 2000, pps. 199-218

BORN, Gary B., “International Commercial Arbitration”, Wolters Kluwer Law & Business, 3^a edição, ano de 2009

BORN, Gary B., “International Arbitration: Law and Practice”, Kluwer Law International, ano de 2012

BORN, Gary B., “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, in “*Singapore Academy of Law Journal*”, volume n.º 26, ano de 2014, pps. 814-848

BRANSON, David J. e, WALLACE, JR., Richard E., “Choosing the Substantive Law to Apply in International Commercial Arbitration”, in “*Virginia Journal of International Law*”, volume 27, n.º 1, ano de 1986-1987, pps. 39-64

BRIERLEY, John E. C., “Equity and good conscience” and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law”, in “*Canadian Business Law Journal*”, volume 19, ano de 1991, pps. 461-484

BROZOLO, Luca Radicti Di, e FRIEDMAN, Mark, e DE LY, Filip, “Introduction to the International Law Association – International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on “Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration”, in “*Arbitration International*”, volume 26, n.º 2, ano de 2010, pps. 191-220

CALHEIROS, Maria Clara, e FARIA, Sérgio Mouta, “Cadernos de Introdução ao Estudo do Direito”, AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 1.ª edição, ano de 2013

CALLIESS, Graf-Peter, “Rome regulations: commentary on the european rules of the conflict of laws”, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, ano de 2011

CARAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in “*ROA*”, ano 66, Volume III, Dezembro de 2006

CARAMELO, António Sampaio, “Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law”, in “*Journal of International Arbitration*”, Kluwer Law International, volume 25, n.º 5, ano de 2008, pps. 569-581

CARAMELO, António Sampaio, “Temas de Direito da Arbitragem”, Coimbra editora, Coimbra, ano de 2013

CARAMELO, António Sampaio, “A impugnação da Sentença Arbitral”, Coimbra editora, Coimbra, 1.ª edição, Março do ano de 2014, pps. 85-94

CARLQUIST, Helena, “Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration”, dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Svante O. Johansson, “*Department of Law – School of Business, Economics and Law – Goteborg University*”, ano de 2006

CARVALHO, Jorge Morais, e GOUVEIA, Mariana França, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.3.2011, Proc. 5691/09”, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 36, ano de 2011, pps. 36-49

CAVERS, David F., “A Critique of the choice-of-law Problem”, in “*Harvard Law Review*”, volume XLVII, n.º 2, Dezembro do ano de 1933, pps. 173-208

CHUKWUMERIJE, Okezie, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, in “*Anglo-American Law Review*”, volume 23, ano de 1994, pps. 265-310

CLAY, Thomas, PINSOLLE, Philippe e VOISIN, Thomas, “French International Arbitration Law Reports: 1963–2007”, Abril de 2014, versão *e-book*

COHEN, George M., “Interpretation and Implied Terms in Contract Law”, in “*University of Virginia School of Law - John M. Olin Law and Economics Research Paper Series No. 2009-12*”, Setembro de 2009

COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “Direito Internacional Privado, vol. II”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, ano de 1959

COLLINS, Lawrence, “The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England”, in “*Contemporary Problems in International Arbitration*”, edição de Julian DM Lew, Martinus Nijhoff Publishers, ano de 1987, pps. 126-138

CORDEIRO, Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, Tomo I, Almedina, 2.^a edição, ano de 2000

CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil”, Almedina, 4.^a edição reformulada e atualizada, Volume 1, Março do ano de 2012

CORDEIRO, António Menezes, “A Ordem Pública nas arbitragens: as últimas tendências”, in “*VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho do ano de 2014, pps.73-103

CORDERO-MOSS, Giuditta, “Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?”, in “*Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*”, edição de Giuditta Cordero-Moss, Cambridge University Press, Cambridge, ano de 2011, pps. 37-61

CORREIA, A. Ferrer, “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in “*Temas de Direito Comercial e Direito Internacional*”, Almedina, ano de 1989, pps. 231-252

CORREIA, António Ferrer, “O Direito aplicável pelo árbitro internacional ao fundo da causa”, in “*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*”, n.º 77, ano de 2001, pps. 1-11

CORREIA, A. Ferrer, “Lições de Direito Internacional Privado I”, 4.^a Reimpressão da Edição de Outubro de 2000, Almedina, ano de 2013

COSTA, Carolina Dias da, “SHARIA (Islamic Law) in International Commercial Arbitration: how they got it wrong - an analysis on the acceptance (or lack thereof) of the Shari'a as the law applicable to the substance of an arbitration” in “*Young Arbitration Review*”, 5.^a edição, Abril do ano de 2012, versão digital

CRISTAS, Assunção, e GOUVEIA, Mariana França, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.7.2008, Proc. 1698/08”, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 29, ano de 2010, pps. 41-56

CURRIE, Brainerd, “Notes on methods and objectives in the conflict of laws”, in “*Duke Law Journal*”, volume 1959, n.º 2, ano de 1959, pps. 171-181

CURTIN, Kenneth-Michael, “Redifining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws”, in “*Defense Counsel Journal*”, n.º 64, ano de 1997, pps. 271-284

D'AMATO, Anthony, “International Soft Law, Hard Law and Coherence”, in “*Public Law and Legal Theory Series*”, n.º 08-01, da Northwestern University School of Law, ano de 2008

DANILOWICZ, Vitek, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, in “*Hastings International and Comparative Law Review*”, volume 9, ano de 1986, pps. 235-276

DAVID, René, “The Methods of Unification”, in “*American Journal of Comparative Law*”, volume 16, ano de 1968, pps. 13-27

DE LY, Filip, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, in “*Northwestern Journal of International Law & Business*”, volume 12, n.º 1, ano de 1991, pps. 48-85

DE LY, Filip – v. BROZOLO, Luca Radicti Di.

DERAINS, Yves, “The ICC International Court of Arbitration Bulletin”, Volume 6, n.º 1, Outubro, ano de 1995

DERAINS, Yves, in “*Journal du Droit International*”, Lexis Nexis, volume n.º 119, ano de 1992, pp. 1035, *apud* FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”

DERAINS, Yves, e JARVIN, Sigvard, “Chronique des sentences arbitrales”, Clunet, ano de 1986, *apud* RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “International Arbitration Law and Practice”

DIAMVUTU, Lino, “O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária”, in “*Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*”, Ano III, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, ano de 2010 – também disponível para *download* em <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=cGIIMERa3LI%3D&tabid=331>

DRAHOZAL, Christopher R., “The making of the award: comments on case law developments under the UNCITRAL Model Law”, in “*International Arbitration Law Review*”, volume 8, ano de 2005, pps. 183-190

EHRENZWEIG, Albert A., “Choice of Law: Current Doctrine and True Rules”, in “*California Law Review*”, volume 49, n.º 2, artigo n.º 3, Maio do ano de 1961, pps. 240-253

ESPLUGUES, Carlos A. – v. MCNERNEY, Mary E..

FARIA, Sérgio Mouta – v. CALHEIROS, Maria Clara.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”, in “*Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*”, Kluwer Law International, volume 3, n.º 2, ano de 2010, pps. 377-409

FERRARI, Franco, e LEIBLE, Stefan, “Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, GmbH Sellier European Law Publishers, Munique, ano de 2009

FERREIRA, Rui, “Anulação da Decisão Arbitral. Taxatividade dos Fundamentos de Anulação”, in “*Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*”, coordenação de Mariana França Gouveia, Almedina, Coimbra, ano de 2011, pps. 201-230

FOUCHARD, Phillipe, e GAILLARD, Emmanuel, e GOLDMAN, Berthold, “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, ano de 1999

FOUCHARD, Philippe, “Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, in “*ICC Bulletin Special Supplement*”, ano de 1995

FRIEDMAN, Mark – v. BROZOLO, Luca Radicti Di.

FRY, Jason, e GREENBERG, Simon, e MAZZA, Francesca, “The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration”, ICC Publications, n.º 729, ano de 2012

GAILLARD, Emmanuel, “The Use of Comparative Law in International Commercial Arbitration”, in “*Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation*”, ICCA Congress Series n.º 4, Kluwer Law and Taxation, ano de 1988, pps. 283-289

GAILLARD, Emmanuel, “La Distinction des Principes Généraux du Droit et des Usages du Commerce International”, in “*“Etudes Offertes à Pierre Bellet”*”, Litec, ano de 1991, pps. 203-217

GAILLARD, Emmanuel, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, in “*ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*”, Oxford Journals, volume 10, n.º 2, ano de 1995, pps. 208-231

GAILLARD, Emmanuel, “Trente Ans de Lex Mercatoria: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, in “*Journal du Droit International*”, Editions du Juris-Classeur, volume 122, n.º 1, de Janeiro a Março, ano de 1995, pps. 5-30

GAILLARD, Emmanuel, “Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts”, in “*International Business Lawyer*”, volume 27, n.º 5, Maio do ano de 1999, pps. 214-224

GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, in “*Arbitration International*”, volume 17, n.º 1, ano de 2001, pps. 59-71

GAILLARD, Emmanuel, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths”, in “*World Arbitration & Mediation Review*”, volume 5, n.º 2, ano de 2011, pps. 161-172

GAILLARD, Emmanuel, “The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law”, in *“The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration”*, editado por Lawrence W. Newman e Richard D. Hill, Juris Publishing, ano de 2014, pps. 185-216

GAILLARD, Emmanuel, e LALIVE, Pierre, “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Suisse”, in *“Journal du Droit International”*, volume 116, n.º 4, ano de 1989, pps. 905-963

GAILLARD, Emmanuel – v. FOUCHARD, Phillipe.

GALGANO, Francesco, “The New Lex Mercatoria”, in *“Annual Survey of International & Comparative Law”*, volume 2, n.º 1, artigo 7, ano de 1995, pps. 99-110

GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Note - Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 26 mars 1991 - Comité populaire de la Municipalité d’El Mergeb v. société Dalico contractors” in *“Revue de l’ Arbitrage”*, Kluwer Law International, volume 3, ano de 1991, pps. 456-469

GERARDI, Melissa, “Jumpstarting APEC in the Race to “Open Regionalism:” A Proposal for the Multilateral Adoption of UNCITRAL’s Model Law on International Commercial Arbitration”, in *“Northwestern Journal of International Law & Business”*, volume 15, n.º 3, Primavera, ano de 1995, pps. 668-697

GERTZ, Graig M., “The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depeçage”, in *“Northwestern Journal of International Law & Business”*, volume 12, n.º 1, ano de 1991, pps. 163-186

GOLDMAN, Berthold, “La Lex Mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et Perspectives”, in *“Journal du Droit International”*, Clunet, ano de 1979

GOLDMAN, Berthold – v. FOUCHARD, Phillipe.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Ordem Pública Positiva e Ordem Pública Negativa no Contrato de Trabalho Internacional”, in *“Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”*, Universidade do Minho, Almedina, ano de 2003, pps. 49-77

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado”, Almedina, Coimbra, ano de 2013

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Public Policy in Mexico: Rights, Mishaps and Subtleties”, in “VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções”, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Lisboa, Julho do ano de 2014, pps. 61-71

GOODE, Roy, “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, in “*Arbitration International*”, volume 7, n.º 1, ano de 2001, pps. 19-40

GREENBERG, Simon – v. FRY, Jason.

GOUVEIA, Mariana França, “O dever de independência do árbitro de parte”, in “*Thémis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*”, Almedina, Coimbra, n.º 16, ano de 2009, pps. 319-326

GOUVEIA, Mariana França, “Curso de Resolução Alternativa de Litígios”, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, ano de 2012

GOUVEIA, Mariana França – v. CARVALHO, Jorge Morais e CRISTAS, Assunção.

GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, in “*Collected Courses of the Hague Academy of International Law*”, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo n.º 289, ano de 2001

GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 97-108

GUZMAN, Andrew T., e MEYER, Timothy L., “International Soft Law”, in “*Journal of Legal Analysis*”, volume 2, n.º1, Primavera, ano de 2010, pps. 171-225

HARRIS, Bruce, e PLANTEROSE, Rowan, e TECKS, Jonathan, “The Arbitration Act 1996 – A Commentary”, Blackwell Publishing, 4.ª edição, ano de 2007

HARTLEY, Trevor C., “International Commercial Litigation – Text, Cases and Materials on Private International Law”, Cambridge University Press, 1.ª edição, ano de 2009

HASCHER, Dominique T., “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary”, in “*Yearbook of Commercial Arbitration*”, Kluwer Law International, Volume XXXVI, ano de 2011

HEIDEMANN, Maren, “Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice”, Springer, Julho do ano de 2006

HERBOCZKOVÁ, Jana, “Amiable Composition in the International Commercial Arbitration”, Law Faculty of the Masaryk University, ano de 2008

HERRMANN, Gerold, “UNCITRAL’s Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration”, in “*Place Law Review*”, volume 4, n.º 3, Primavera, ano de 1984, pps. 537-580

HILLGENBERG, Harmut, “A Fresh Look at Soft Law”, in “*European Journal of International Law*”, volume 10, n.º 3, ano de 1999, pps. 499-515

HUNTER, Martin – v. BLACKABY, Nigel.

ICCA, “Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um texto de referência para juízes”, International Council for Commercial Arbitration, ano de 2012

JANICIJEVIC, Dejan, “Delocalization in International Commercial Arbitration”, in “*Law and Politics*”, volume 3, n.º 1, ano de 2005, pps. 63-71

JARROSON, Charles, “Cosiac v. consorts Luchetti eta utre, Cour d’appel de Paris (1Ch. suppl.), 4 March 1986”, in “*Revue de l’arbitrage*”, volume 2, Kluwer Law International, ano de 1987, pps. 167-174

JARVIN, Sigvard – v. DERAIS, Yves.

JEMIELNIAK, Joanna, “Legitimization Arguments in the *Lex Mercatoria* Cases”, in “*International Journal for the Semiotics of Law*”, volume 18, n.º 2, Junho do ano de 2005, pps. 175-205

JÚDICE, José Miguel – v. MENDES, Armindo Ribeiro.

KERHUEL, Anne-Julie, “La cession de contrôle en droit international privé”, in “*Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-37*”, Julho do ano de 2010

KESSEDJIAN, Catherine, “Société Bomar Oil N.V v. E.T.A.P, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 20 January 1987” in “*Revue de l'Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 4, ano de 1987, pps. 482-497

KRONKE, H., “The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union”, in “*Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*”, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, ano de 2005

KUHN, Wolfgang, “Choice of Substantive Law in the Practice of International Arbitration”, in “*International Business Lawyer*”, edição de Abril, ano de 1997, pps. 148-152

KUTTY, Faisal, “The Shari’a Factor in International Commercial Arbitration”, in “*Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*”, volume n.º 28, ano de 2006, pps. 565-624

LALIVE, Pierre, “Avantages et Inconvénients de l'Arbitrage “Ad Hoc””, in “*Etudes Offertes à Pierre Bellet*”, Litec, ano de 1991, pps. 301-321

LALIVE, Pierre – v. GAILLARD, Emmanuel.

LE GALL, Jean-Pierre, “Fiscalité et arbitrage”, in “*Revue de l'arbitrage*”, volume 1, ano de 1994, pps. 3-38

LEIBLE, Stefan – v. FERRARI, Franco.

LEITE, António Pinto, “Jura Novit Curia e a Arbitragem Internacional”, in “*VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa, Almedina, ano de 2013, pps. 151-168

LEW, Julian, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, in “*ICCA Congress Series*” n.º 14, Paris, ano de 1998

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado – Volume I (Artigos 1.º a 761.º)”, Coimbra Editora, 4.ª edição revista e atualizada, Fevereiro do ano de 2011

LORENZEN, Ernest G., “Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, in *“Yale Law Journal”*, volume n.º 33, ano de 1923, pps. 736-751

MACHADO, João Baptista, “Lições de Direito Internacional Privado”, Almedina, 3.ª edição atualizada, reimpressão, Abril do ano de 2012

MANIRUZZAMAN, Abul F.M., “The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, in *“American University International Law Review”*, volume 14, n.º 3, artigo 2, ano de 1999, pps. 657-734

MANN, Frederick A., “England Rejects “Delocalized” Contracts and Arbitration”, in *“International and Comparative Law Quarterly”*, volume 33, ano de 1984, pps. 93-198

MARRELLA, Fabrizio, “Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, in *“Vanderbilt Journal of Transnational Law”*, volume 36, ano de 2003, pps. 1137-1188

MAYER, Pierre, “L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence”, in *“Collected Courses Of The Hague Academy Of International Law”*, The Hague Academy Of International Law The Netherlands Staff, volume 217, parte V, ano de 1989

MAYER, Pierre, “Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. suppl.) 28 novembre 1989; Cour d'appel de Paris (1re Ch. suppl.) 8 mars 1990” in *“Revue de l’arbitrage”*, volume 3, Kluwer Law International, ano de 1990, pps. 674-675

MAYER, Pierre, “Reflections on the International Arbitrator’s Duty to Apply the Law – The 2000 Freshfields Lecture”, in *“Arbitration International”*, volume 17, n.º 3, ano de 2001, pps. 235-248

MAZZA, Francesca – v. FRY, Jason.

MCNAIR, Lord, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, in *“British Yearbook of International Law”*, volume 33, ano de 1957, pps. 1-19

MCNERNEY, Mary E., e ESPLUGUES, Carlos A., “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law”, in *“Boston College International and Comparative Law Review”*, volume 9, n.º 1, ano de 1986, pps. 47-71

MELTZER, Bernard D. “After the Labor Arbitration Award: The Public Policy Defense”, in “*Industrial Relations Law Journal*”, volume 10, n.º 2, ano de 1988, pps. 241-257

MENDES, Armindo Ribeiro, “Equidade e composição amigável na Nova Lei de Arbitragem Voluntária”, in “*Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*”, volume II, Almedina, Outubro do ano de 2012, pps.165-188

MENDES, Armindo Ribeiro, e VICENTE, Dário Moura, e JÚDICE, José Miguel, e ANDRADE, José Robin de, e NÁPOLES, Pedro Metello de, e VIEIRA, Pedro Siza, “Lei da Arbitragem Voluntária Anotada”, Almedina, ano de 2012

MEYER, Timothy L. – v. GUZMAN, Andrew T..

MICHAELS, Ralf, e PAUWELYN, Joost, “Conflict of Norms or Conflict of Laws? : Different Techniques in the Fragmentation of International Law”, in “*Duke Journal of Comparative & International Law*”, volume n.º 22, ano de 2011, pps. 349-379

MIMOSO, Maria João, “Arbitragem do Comércio Internacional – Medidas Provisórias e Cautelares”, *Quid Juris*, ano de 2009

MIMOSO, Maria João, e SOUSA, Sandra C., “Nótulas de Direito Internacional Privado”, reimpressão, *Quid Juris*, ano de 2011

MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in “*Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*”, Coimbra Editora, volume II, 1ª edição, Julho do ano de 2013

MOSES, Margaret L., “The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”, Cambridge University Press, ano de 2008

MOTULSKY, Henri, “Ecrits – Vol. 2 – Études et Notes sur l’Arbitrage”, Volume 2, Dalloz, ano de 1974

MUKHOPADHYAY, Tapobrata, “The Possible Conflict of Law Rules employed in International Commercial Arbitration to discern the Governing Law: an Analysis”, in “*Indian Journal of Arbitration Law*”, volume 2, n.º 2, Novembro do ano de 2013, pps. 110-125

NÁPOLES, Pedro Metello de – v. MENDES, Armindo Ribeiro.

NASSER, Salem Hikmat, “Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft law”, in “*Direito Internacional e Desenvolvimento*”, Barueri: Manole, 1.^a edição, ano de 2005, pps. 201-218

NETO, Abílio, “Código Civil Anotado”, Ediforum, 18.^a edição revista e atualizada, Janeiro de 2013

O’HARA, Erin Ann, e RIBSTEIN, Larry E., “Conflict of laws and choice of law”, in “*University Illinois Law & Economics Research Paper n.º LE-09-030*”, de 3 Novembro do ano de 2009

OLIVEIRA, Mário Esteves de, “Lei da Arbitragem Voluntária Comentada”, coordenação de Mário Esteves de Oliveira, Almedina, Março do ano de 2014

ONYEMA, Emilia, “International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract”, Routledge Research in International Commercial Law, 1.^a edição, ano de 2010

ORFIELD, Lester Bernhardt, “Equity as A concept of International Law”, in “*Kentucky Law Journal*”, 18: 31, ano de 1929, pps. 31-57

PARTASIDES, Constantine – v. BLACKABY, Nigel.

PARK, William W., “The Predictability Paradox – Arbitrators and Applicable Law”, in “*The Application of Substantive Law by International Arbitrators*”, edição de Fabio Bortolotto e Pierre Mayer, ICC Dossiers, Paris, ano de 2014, pps. 60-79

PAUWELYN, Joost – v. MICHAELS, Ralf.

PEREIRA, José Nunes, “Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional”, in “*Revista de Direito e Economia*”, ano de 1986, pps. 241-272

PÉREZ, Ana Fernández, “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje” in “*Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*”, volume 6, n.º 3, ano de 2013, pps. 841-860

PERLOFF, Saul, “The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration”, in “*Journal of International Law*”, volume 13, n.º 2, ano de 1992, pps. 323-350

PETSCHKE, Markus A., “International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory”, in “*Michigan State Journal of International Law*”, volume 18, n.º 3, ano de 2010, pps. 453-493

PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional”, in “*ROA*”, volume n.º 1, ano 63, ano de 2003

PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional”, in “*Estudos de Direito Comercial Internacional*”, coordenação de Luís de Lima Pinheiro, Almedina, volume n.º 1, Abril do ano de 2004, pps. 11-61

PINHEIRO, Luís de Lima, “Arbitragem Transnacional – A determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, Abril do ano de 2005

PINHEIRO, Luís de Lima, “The Confluence of Transnational Rules and National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration”, in “*Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*”, Almedina, ano de 2006

PINHEIRO, Luís de Lima, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in “*R.O.A.*”, ano 67, volume 3, Dezembro do ano de 2007, pps. 1-8

PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado – Volume II – Direito de Conflitos Parte especial”, 3.ª edição refundida, Coimbra, Almedina, Outubro do ano de 2009

PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito Internacional Privado – Volume I – Introdução e Direito de Conflitos Parte Geral”, 2.ª reimpressão da 2.ª edição refundida, Almedina, Março de 2013

PINSOLLE, Philippe – v. CLAY, Thomas.

RAFFA, Mohamed, “Amiable Composition and Ex Aequo et Bono Arbitration”, in “*Law Journal of Nigerian Law*”, Janeiro de 2013, pps. 1-3

PLANTEROSE, Rowan – v. HARRIS, Bruce.

POLLACK, Mark A. – v. SHAFFER, Gregory C..

RAMOS, Rui Manuel Moura, e SOARES, Maria Ângela Bento, “Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais e Arbitragem”, Coimbra, Almedina, ano de 1986

RAPOSO, Mário, “Temas de Arbitragem Comercial”, in “*R.O.A.*”, ano 66.º, n.º 1, Lisboa, ano de 2006, pps. 5-21

REDFERN, Alan – V. BLACKABY, Nigel.

RIBSTEIN, Larry E. – v. O’HARA, Erin Ann.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno, “Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional”, The Global Law Collection, Thomson Reuters Aranzadi, edição espanhola, ano de 2014

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “International Arbitration Law and Practice”, 2.ª edição, Kluwer Law International, ano de 2001

SANDERS, Pieter, “Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”, in “*Arbitration International*”, Kluwer Law International, volume 11, n.º 1, ano de 1995, pps. 1-38

SANTOS, António Marques dos, “As normas de aplicação imediata no direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral”, Almedina, Coimbra, ano de 1991

SANTOS, António Marques dos, “Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público”, Almedina, Janeiro do ano de 2004

SCHWARTZ, Eric A., “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, in “The Status of the Arbitrator”, in “*ICC International Court of Arbitration Bulletin*”, publicado em Dezembro do ano de 2005, pps. 77-79

SCOLES, Eugene F., “Interstate and International Distinctions in Conflict of Laws in the United States”, in “*California Law Review*”, volume 54, n.º 4, artigo 8, Outubro do ano de 1966, pps. 1599-1623

SENDEN, Linda, “Soft Law in European Community Law”, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, ano de 2004

SHACKLETON, Stewart R., “The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996”, in “*The Journal of the London Court of International Arbitration*”, LCIA Worldwide Arbitration, volume 13, n.º 4, ano de 1997, pps. 375-389

SHAFFER, Gregory C., e POLLACK, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, in “*Minnesota Law Review*”, n.º 94, ano de 2010, pps. 706-799

SOARES, Maria Ângela Bento – v. RAMOS, Rui Manuel Moura.

SOLIMENE, Fabio, “The Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, in “*The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*”, The Chartered Institute of Arbitrators e Sweet and Maxwell, volume 80, n.º 3, Agosto de 2014, pps. 249-255

SOPATA, Lisa, “Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims”, in “*Northwestern Journal of international Law & Business*”, volume 7, n.º 3 Spring, ano de 1986, pps. 595-617

SOUSA, Sandra C. – v. MIMOSO, Maria João.

STEMPEL, Jeffrey W., “Pitfalls of Public Policy: the case of arbitration agreements”, in “*St. Mary’s Law Journal*”, volume n.º 22, ano de 1990, pps. 259-355

STRONG, S. I., “Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns”, in “*Journal of International Law*”, volume 30, n.º 1, ano de 2008, pps. 1-100

SYNVET, Hervé, “Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. suppl.) 17 décembre 1991 - société Gatoil v. National Iranian oil company”, in “*Revue de l’ Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 2, ano de 1993, pps. 288-299

TECKS, Jonathan – v. HARRIS, Bruce.

TELES, Eugénia Galvão, “Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita”, in “*Estudos de Direito Comercial Internacional*”, coordenação de Luís de Lima Pinheiro, Almedina, volume n.º 1, Abril do ano de 2004

TIENSUU, Tuomas, “The Choice-of-Law Methodology Applied in ICC and CIETAC Arbitration”, “*Master’s Thesis in Private International and Comparative Law – Faculty of Law, University of Helsinki*”, Maio do ano de 2014

TRAKMAN, Leon, “Ex Aequo Et Bono: Desmystifying an Ancient Concept”, in “*Chicago Journal of International Law*”, volume 8, n.º 2, anos de 2007-2008, pps. 621-642

UNCITRAL, “Dispute Settlement – International Commercial Arbitration - Law Governing The Merits of the Dispute”, in “*United Nations Conference on Trade and Development*”, Nações Unidas, Nova Iorque e Geneva, ano de 2005

UNCITRAL, “The UNCITRAL Guide – Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law”, Nações Unidas, Viena, ano de 2007

UNCITRAL, UN Doc. A/CN.9/207 - “Report of the Secretary-General: possible features of a model law on international commercial arbitration”, in “*Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*”, ano de 1981, Volume XII

UNCITRAL, “UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)”, United Nations Commission on International Trade Law, Nova Iorque, Abril, 2011

UNCITRAL, “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration”, United Nations Commission on International Trade Law, United Nations, Nova Iorque, ano de 2012

UNIDROIT, “Resolutions on Arbitration in Private International Law”, in “*Annuaire De L’ Institut De Droit International*”, volume II, A. Pedone – Paris, ano de 1957

UNIDROIT, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, ano de 2010

VAN HOUTE, Hans, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, in “*Arbitration International*”, Kluwer Law International, volume 11, n.º 4, ano de 1995, pps. 373-390

VARELA, Antunes – v. LIMA, Pires de.

VENTURA, Raul, “Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais”, in “*R.O.A.*”, ano 46, volume 1, ano de 1986, pps. 289-337

VICENTE, Dário Moura, “Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa”, Coimbra Editora, ano de 1990

VICENTE, Dário Moura, “Applicable Law in Voluntary Arbitrations in Portugal”, in “*The International and Comparative Law Quarterly*”, volume n.º 44, ano de 1995, pps. 179-191

VICENTE, Dário Moura, “A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária”, in “*Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*”, Almedina, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º 5, ano de 2012, pps. 37-50

VICENTE, Dário Moura, “Impugnação da sentença arbitral e ordem pública”, in “*VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*”, Centro de Arbitragem Comercial – Associação Comercial de Lisboa, Almedina, ano de 2013, pps. 137-150

VICENTE, Dário Moura – v. MENDES, Armindo Ribeiro.

VIEIRA, Pedro Siza – v. MENDES, Armindo Ribeiro.

VOISIN, Thomas – v. CLAY, Thomas.

WALLACE, JR., Richard E. – v. BRANSON, David J..

WANG Baoshi – v. YU Shuhong.

WEINBERG, Karyn S., “Equity in International Arbitration: How Fair is Fair – A Study of *Lex Mercatoria* and *Amiable Composition*”, in “*Boston University International Law Journal*”, volume 12, ano de 1994, pps. 227-254

WILNER, Gabriel M., “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study”, in “*Rutgers Law Review*”, volume 19, ano de 1965, pps. 646-691

XIAO, Yongping – v. YU, Shuhong.

YU, Shuhong e XIAO, Yongping e, WANG Baoshi, “The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China”, in “*Chinese Journal of International Law*”, volume 8, n.º 2, ano de 2009, pps. 423-439

ZUMBANSEN, Peer, “Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, in “*European Law Journal*”, volume 8, n.º 3, Setembro do ano de 2002, pps. 400-432

Jurisprudência consultada

Jurisprudência francesa

Ac. do Cour de Cassation, de 7 de Maio de 1963, que opôs a *Etablissements Raymond Gosset vs. Frère Carapelli S.p.A*

Ac. do Court of Appeal de Paris, de 25 de Janeiro de 1972, acerca do litígio que opôs a *Quinjano Aguero vs. Marcel Laporte*

Ac. do *Cour d' Appel* de Paris, de 15 de Março de 1984, relativo ao litígio que opôs a *Soubaigne vs. Limmareds Skogar*

Cour d'Appel de Paris, conforme resulta do Ac. de 4 de Março de 1986 que opôs a *Cosiac vs. Consorts Luchetti*

Ac. do Cour d' Appel de Paris, datado de 20 de Janeiro de 1987, acerca do litígio que opôs a *Bomar Oil vs. Entreprise Tunisienne d' Activités Pétrolières*

Ac. do Cour d' Appel de Paris, datado de 20 de Abril de 1988, relativo ao litígio que opôs as sociedades *Clark International Finance vs Sud Matériel Service* - consultado em “Société Clark International Finance v. société Sud Matériel Service et autre, Paris (1Ch. urg.), 20 April 1988”, in “*Revue de l' Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 3, ano de 1988, pps. 557-571

Ac. do *Cour d'Appel* de Paris, de 13 de Julho de 1989, relativo ao litígio que opôs *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. vs. Primary Coal Inc.*

Ac. de 8 de Março do ano de 1990 da Cour d'appel de Paris que opôs a *Ducler vs Société Polar-Rakennusos a Keythio*

Ac. do Cour d' Appel de Paris, datado de 17 de Dezembro de 1991, relativo ao litígio que opôs a sociedade *Gatoil vs National Iranian Oil Company* – consultado em “Société Gatoil v. National Iranian oil Company, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 17 December 1991”, in “*Revue de l' Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 2, ano de 1993, pps. 281-287

Ac. do Cour de Cassation civ. 1e, datado de 20 de Dezembro de 1993, relativamente ao litígio que opôs a *Municipalité de Khoms el Mergeb vs. Société Dalico* - consultado em “Municipalité de Khoms El Mergeb v. société Dalico, Cour de Cassation (1Ch. clv.), 20 December 1993”, in “*Revue de l' Arbitrage*”, Kluwer Law International, volume 1, ano de 1994, pps. 116-117

Ac. da Cour d'appel de Paris, datado de 10 de Junho do ano de 2004, relativo ao litígio que opôs a *Bargues Agro Industrie e a Young Pecan Companie*

Jurisprudência norte-americana

Ac. do Supremo Tribunal Federal acerca do litígio que opôs a *Scherk e a Alberto Culver Co*, 417 U.S. 506 (1974), datado de 17 de Junho de 1974

Ac. do Supremo Tribunal Federal acerca do litígio que opôs a *Mitsubishi Motors Corp. e a Soler Chrysler – Plymouth, Inc.* 105 S. Ct. 3346 (1985)

US Court of Appeals for the Ninth Circuit, em Ac. datado de 19 de Fevereiro do ano de 2002, no litígio que opôs a *Milos Sovak and Biophysica Inc. vs. Chugai Pharmaceutical Co.*

Jurisprudência suíça

Ac. do Tribunal Federal Suíço “DFT 108 Ia 197,201”, de 10 de Maio de 1982

Jurisprudência sueca

Ac. do Swedish Supreme Court, datado de 27 de Outubro de 2000, que opôs a *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd vs. Al Trade Finance Inc*

Jurisprudência portuguesa

Ac. do STJ, datado de 28 de Outubro de 1997, em que foi relator Fernandes Magalhães

Jurisprudência europeia

Ac. do TJCE de 16 de Setembro de 1997, Caso n.º C-145/96, acerca do litígio que opôs *von Hoffmann vs. Finanzamt Trier* (Rec.1997, p.I-4857)

Jurisprudência arbitral

Sentença Arbitral n.º 4265/1984 do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC, acerca do litígio que opôs uma sociedade egípcia e uma sociedade holandesa – consultado em “ICC Award No. 4265 (1984) Egyptian Company v. Dutch Company”, in “*Journal du Droit International*”, Lexis Nexis, volume 111, ano de 1984, pps. 922

Sentença arbitral n.º 4381/1986 do Tribunal de Arbitragem Internacional do ICC

Sentença Arbitral n.º 8547/1999 do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC

Sentença Arbitral n.º 7110 do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC

Sentença Arbitral n.º 15089 (2008) do Tribunal de Arbitragem Internacional da ICC

Endereços eletrônicos consultados

http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=165, consultado em 15/09/2014

<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1232795.html>, consultado em 15/10/2014

http://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=42&Itemid=151, consultado em 16/10/2014

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/9d19f04cc81654ed80256965005502d6?OpenDocument>, consultado em 28/10/2014

<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/102/47/PDF/NL810247.pdf?OpenElement>, consultado em 28/10/2014

<http://arbitragem.pt/estudos/legal-framework-of-arbitration.pdf>, consultado em 28/10/2014

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0145>, consultado em 31/10/2014

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/case.html>, consultado em 29/09/2014

<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, consultado em 24/11/2014

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>, consultado em 01/12/2014

https://law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova_jana.pdf, consultado em 18/12/2014

<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=cGIIMERa3LI%3D&tabid=331>, consultado em 28/12/2014

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1440>, consultado em 30/01/2015

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>, consultado em 16/02/2015