

INSTITUTO DA CONFERÊNCIA

A) LISBOA

EXEQUIBILIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS PROFERIDAS NO ESTRANGEIRO

Relatório apresentado pelo Dr. JAIME AZANCOT

1. — O *recurso à arbitragem nas relações internacionais*. No seu recente livro sobre os tribunais internacionais, o norte americano Manley Hudson, célebre Juiz do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, mostra quão rápida foi a evolução da arbitragem internacional no século passado. É até às recomendações da Conferência de Dumbarton Oaks — sempre o recurso à arbitragem foi consagrado em convénios, acordos, tratados e convenções e até nas próprias Constituições estaduais, v. g. na que nos rege: «Portugal preconiza a arbitragem como meio de dirimir os litígios internacionais». (Const. de 1933, art. 4.º § único).

Também na esfera do direito privado são frequentemente submetidas à arbitragem certas categorias de controvérsias, suscitadas entre os comerciantes nacionais ou nacionais e estrangeiros, domiciliados no mesmo país ou em territórios de diferentes Estados.

2. — O aumento da prática e do âmbito da arbitragem entre comerciantes resulta de várias causas :

1) — A despeito das actuais restrições políticas e económicas, o incremento do comércio internacional ultrapassou em muito o ritmo implacavelmente lento da actividade

judicial. A excessiva e conhecida demora na resolução dos pleitos pelos tribunais ordinários levou o comércio a procurar um meio mais económico e mais simples de acautelar ou fazer reconhecer certos direitos e de torná-los efectivos;

2) — As constantes alterações da lei, a sua interpretação liberal ou viciosa pelos tribunais e o marcado pendor dos profissionais do fóro pela composição amigável, têm encaminhado um número cada vez maior de litigantes para o processo arbitral;

3) — Ao procurar discutir e resolver sumariamente os assuntos que lhe respeitam, o comércio pretende evitar uma desnecessária e em muitos casos inconveniente publicidade;

4) — Adopta assim, por outro modo, a prática seguida nas Administrações Centrais e Locais, de submeter à arbitragem os litígios com os concessionários e empreiteiros;

5) — A tudo isto pode acrescentar-se a tendência hodierna para resolver por via arbitral os conflitos de trabalho e entre sócios de associações de classe e membros de organismos económicos e profissionais. Parece ainda assente que a arbitragem é um poderoso factor de estabilização económica; de disciplina nas relações entre os comerciantes; da repressão uniforme de abusos e fraudes; de criação de uma ética tipificada em que as relações e as actividades se desenvolvem e articulam com aquele mínimo de atritos, aquele máximo de boa vontade e aquela boa fé que são de indiscutível vantagem para a conclusão feliz e oportuna da maior parte dos negócios.

Mas a arbitragem não é apenas processo de se resolverem controvérsias já suscitadas ou somente possíveis e por isso previstas. Vão-se também cometendo aos árbitros: a interpretação dos termos dos contratos comerciais; as dúvidas quanto à vigência dos costumes comerciais e à aplicação de regras relativas a certos ramos das actividades económicas.

Também as resoluções de carácter técnico ou científico sobre a qualidade, preço, quantidade e classificação de mercadorias

são com frequência cometidas a profissionais especializados, quer façam parte ou não de colégios arbitrais e câmaras de comércio.

Por último, grandes empresas privadas, mundialmente conhecidas pela sua competência especializada e notória probidade e independência, são procuradas para esse género de verificação ou certificação.

Podemos assim englobar em dois grupos os sistemas de arbitragem mais correntes no comércio internacional: Um, em que sem dependência de processo ou fórmulas de julgamento, as partes submetem o assunto a uma ou mais pessoas, cuja decisão depois cumpram escrupulosamente, baseando nela os seus principais direitos, quer quanto ao preço da transacção, quer quanto à entrega e à recepção da coisa que essa transacção tem por objecto.

Outro, a que se prendem directamente as ligeiras considerações que vou ter a honra de fazer, é aquele em que, por via de compromisso especial ou cláusula inserta no pacto regulador da transacção, as partes submetem ao julgamento de um ou mais árbitros determinado litígio ou todas as questões que possam emergir do negócio jurídico entre eles pactuado.

3. — Na vida forense é corrente ouvir-se dizer que o contrato faz lei entre as partes. A fonte desta expressão é o art. 1.134.º do Código Civil francês, segundo o qual... «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise».

Também o nosso Código Civil dispõe no seu art. 702.º que... «os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos: nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei».

As causas que a lei autoriza a revogar os contratos ou as excepções especificadas na lei que determinam a revogação ou alteração dos contratos, têm por fonte as cláusulas ilícitas dos contratos.

É sabido que num contrato, lícito no seu conjunto, podem figurar cláusulas contrárias à ordem pública ou aos bons costu-

mes, nenhuma das quais tem valor jurídico. Se são elas que determinam o consentimento das partes, o contrato deixa de existir; de outro modo, verifica-se a nulidade de tais cláusulas, mas o contrato subsiste no resto. É o princípio consagrado no art. 673.º do nosso Código Civil. Em qualquer destes casos o princípio de autonomia da vontade é mutilado; e como essas mutilações têm, no decorrer dos tempos, assumido proporções espectaculares, sem dúvida alguma que a liberdade contratual é conceito que passou à história, e hoje pode bem ser substituído pelo «slogan» lançado por Jossierand: «estamos na época do dirigismo contratual». Isto é, um regime em que a lei e a jurisprudência, em lugar de darem foros de cidade aos compromissos livremente assumidos pelas partes, resolvem guiar estas e indicar-lhes em que sentido elas devem redigir as suas estipulações. Após isto, como não lhes bastasse a sua acção refreadora sobre a celebração dos contratos, ainda a lei e a jurisprudência intervém *a posteriori*, no decurso do período da execução contratual, quer para recusarem a sanção a certas faltas do devedor às suas obrigações (o que é uma forma pura e simples de aniquilamento dos direitos subjectivos que o credor supunha ter adquirido), quer para modificar por um acto de autoridade as cláusulas do acordo e, por consequência, os direitos subjectivos que dessas cláusulas resultavam.

Savatier explica esta evolução do direito civil pela amplitude que hoje tomaram a ordem pública, a economia dirigida, a socialização da responsabilidade civil, as construções sociológicas modernas. «La face du monde juridique en est toute changée», conclui o grande civilista: «Elle est au point qu'un péril nouveau surgit, lui aussi d'ordre philosophique: c'est de subordonner systématiquement, doctrinalement, l'homme au social, la personne humaine à la personne publique, l'individu au collectif».

Porquê estas palavras, à guisa de introito a uma seca e apagada exposição sobre um puro problema de processo? Porque a hipótese vertente é um exemplo de que a vontade dos homens, ainda que guiada pela boa fé e pelo respeito à palavra dada, é impotente para estabelecer a confiança nas relações económicas particulares. E assim ver-se-à que o Estado, a lei soberana, nacional e internacional, impõem aos indivíduos soluções que eles não quiseram, que eles rejeitaram, e cuja adopção forçada os

espantou, os affligiu e pode até ser-lhes altamente inconveniente e profundamente prejudicial.

4. — Segundo o art. 1.561.º do Código de Processo Civil, o *compromisso arbitral* é o acto pelo qual duas ou mais pessoas nomeiam um ou mais árbitros para decidirem uma questão suscitada entre elas.

Pelo Código de 76, este compromisso só tinha validade quando constasse de escritura ou auto público, em que se declarasse o objecto do litígio, nomes e residências dos árbitros e o prazo dentro do qual devia ser proferida a decisão (art. 45.º).

Segundo a jurisprudência do tempo, as estipulações vagas de que as questões emergentes de um contrato deviam ser resolvidas por árbitros, não obrigavam as partes a submeterem-se ao juizo arbitral, sem que de comum acordo tivessem para isso celebrado compromisso em forma legal. E também não havia compromisso válido enquanto os nomes dos árbitros não constassem de escritura ou auto público.

O Código actual declarando, como o anterior, nulo o compromisso sobre relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes, dispensa contudo a escritura ou auto público; satisfaz-se com a sua inserção em mero escrito particular assinado pelos interessados e individualizando, com toda a precisão, sob pena de nulidade: o litígio a decidir e o árbitro ou árbitros a quem é cometida a decisão. Se disser respeito a causa pendente, terá, porém, de ser reduzido a termo lavrado no processo, e o juiz, se o achar válido em atenção ao seu objecto e à qualidade das pessoas, declarará finda a instância e remeterá as partes para o tribunal arbitral (Código, art. 295.º).

O Código novo veio facilitar ainda mais o recurso à arbitragem, pois, antes dele, se as partes o estipulassem em documento particular, mesmo que individualizassem o litígio e nomeassem os árbitros, nenhuma delas podia compelir a outra a lavar o compromisso ou sequer a nomear o seu árbitro, quando essa nomeação faltasse. Restava-lhe o direito, hipotético, de pedir uma indemnização de perdas e danos pela falta de cumprimento da estipulação. Para obviar à violação constante da cláusula compromissória, o Código actual estabeleceu (art. 1.565.º) que é

também válida a cláusula pela qual devam ser decididas por árbitros questões que venham a suscitar-se entre as partes, contanto que se especifique o acto jurídico de que essas questões possam emergir. Esta cláusula, chamada compromissória, que tem pleno valor quando conste de simples escrito particular, já não diz respeito a causa pendente, a questão efectivamente levantada entre as partes. Por ela os contratantes comprometem-se a submeter a árbitros, que na altura própria serão nomeados, questões ainda não suscitadas, mas que podem surgir. E, para obviar eficazmente a que uma parte se recuse a nomear um árbitro, o art. 1.565.º permite o cumprimento específico da cláusula mediante a substituição da actividade do juiz à actividade da parte remissa.

5. — Um exemplo desta cláusula num contrato de compra e venda é o de «deverem ser unicamente resolvidas por árbitros todas as divergências que venham a suscitar-se entre comprador e vendedor na execução do contrato ou quanto à aplicação ou interpretação das suas cláusulas ou de algumas delas». Esta cláusula compromissória encontra-se com frequência em contratos celebrados entre comerciantes estabelecidos em Portugal e comerciantes estabelecidos no estrangeiro. Mas há ainda outra modalidade, mais restrita, no recurso à arbitragem: é ficar pelo contrato a cargo de um ou mais árbitros a determinação ou a verificação da qualidade da mercadoria objecto da compra e venda. E essa determinação ou verificação pode ser factor importante ou essencial do negócio, tanto por influir na fixação do preço como por justificar a entrega ou a rejeição da coisa vendida.

Ainda, nestas cláusulas compromissórias ou nestas estipulações de sujeitar à decisão de árbitros o modo de realizar a prestação, se declara com frequência que o tribunal arbitral funcionará em certa praça, que pode até não ser a do domicílio do vendedor ou do comprador. Também ali se nomeiam como árbitros-verificadores (é o caso da arbitragem restrita) técnicos ou firmas especializadas, residentes em local diferente do domicílio das partes contratantes, e que também podem não ter a nacionalidade destas.

Por último, em algumas cláusulas compromissórias diz-se que, no julgamento do litígio, os árbitros deverão aplicar a lei de certo

e determinado Estado, que pode vir a não ser o da nacionalidade do réu.

Ora, é em relação a tais estipulações que cabe averiguar se são exequíveis em Portugal as sentenças proferidas por tribunais arbitrais estrangeiros.

6. — De entrada, advertimos que, por supô-la de relativo interesse, não analisaremos a questão da exequibilidade das decisões dos árbitros verificadores. Com efeito, a jurisprudência da Relação e do Supremo tem afirmado não ser compromissória a cláusula segundo a qual, em caso de divergência das análises da mercadoria vendida, feitas por comprador e vendedor, será obrigatória para ambas as partes a análise feita por um terceiro para tal nomeado no contrato. A Relação de Coimbra foi ao ponto de entender que esse facto equivale a mero arbitramento extrajudicial, que, não sendo acatado pelos interessados, justifica o recurso a juízo, a fim de serem apreciados o direito e obrigações respectivos. Além disto, o acordão acentuou que não se podia equiparar essa cláusula a compromisso arbitral, desde que no contrato se chegava ao absurdo (sic) de estipular que a análise era feita no estrangeiro.

Sem quebra do respeito devido aos ilustres julgadores, parece-nos contudo que a estipulação repudiada devia ter alguma virtualidade, nem que fosse como facto que devesse considerar-se provado por constar de documento particular reputado verdadeiro, nos termos do art. 542.º do Código de Processo Civil. Na verdade, as partes confessavam ter estipulado a cláusula da verificação arbitral. Desde que essa verificação se consumava nos precisos termos em que o vendedor e comprador estavam de acordo em que ela devia ser feita, parece que o seu resultado podia ser atendido na valorização das provas. Cumpre-me referir que não me consta que esta interpretação tenha chegado aos nossos tribunais. As decisões que citei só repudiaram a cláusula na medida em que se pretendia que ela fosse havida como compromissória.

7. — Em face do regime legal vigente que acabamos de expôr, devemos ter como assente que, em princípio, os nossos tribunais não podem considerar nula a cláusula compromissória estipulada

entre comerciantes portugueses e estrangeiros ou só estrangeiros, pela qual os litígios entre eles suscitados devem ser decididos em país estrangeiro e por árbitros. De toda a maneira, porém, tais sentenças ou decisões arbitrais só podem servir de base à execução no nosso país, depois de aqui serem revistas e confirmadas pela Relação do distrito judicial em que estiver domiciliada ou residir a pessoa contra quem se pretende fazê-las valer (Código de Processo Civil, arts. 50.º e 71.º, alínea *d*) e 1.101.º). Daqui parece razoável admitir, como sustenta o Sr. Dr. Eurico Lopes Cardoso (Manual da Acção Executiva, 1.ª ed., págs. 23 e 60) que, nestas sentenças, o que verdadeiramente constitui título executivo não é a decisão estrangeira, mas o acórdão nacional que a tiver revisto e confirmado.

Os requisitos necessários para a confirmação, vêm enumerados no art. 1.102.º do Código de Processo. São eles: Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença, nem sobre a inteligência da decisão. Isto é, o documento de que conste a sentença, se fôr passado em país estrangeiro, terá de obedecer às respectivas formalidades externas em vigor nesse país, e a assinatura do competente funcionário estrangeiro terá de ser reconhecida por agente diplomático ou consular português, devendo a assinatura deste ser visada em Portugal no Ministério dos Negócios Estrangeiros (Código de Processo Civil, art. 549.º).

O documento assim legalizado deverá certificar também que a sentença transitou em julgado segundo a lei do País em que foi proferida.

Em certos países, como a Itália e o Brasil, as decisões arbitrais só têm valor de sentença com força executiva depois de homologadas pelo tribunal local competente. Logo, do documento há-de constar essa homologação, aliás o título sujeito a revisão não pode equivaler entre nós a uma verdadeira sentença, porque essa qualidade lhe é negada pela lei do país onde foi proferida.

Segue-se que a Relação deverá verificar que a sentença provém de tribunal competente segundo as regras de conflitos de jurisdições da lei portuguesa.

Isto é, se tiver sido proferida em lugar que, segundo a lei portuguesa, não é competente para fazer valor o direito ou exigir o

cumprimento de uma obrigação, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do art. 65.º do Código de Processo Civil, com referência aos arts. 73.º e 74.º, a decisão arbitral não pode ser confirmada. E não pode, ainda que a parte requerida não tenha deduzido qualquer opposição no processo de revisão. A verificação dos requisitos necessários para a confirmação é sempre — di-lo o art. 1.105.º — da competência officiosa das Relações.

Não nos detemos a analisar os requisitos relativos à litispendência, ao caso julgado e à citação do réu, citação que tem de ser pessoal se ele foi condenado à revelia.

Segue-se que a sentença não será confirmada se contiver decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa, ou, tendo sido proferida contra português, ofender as disposições de direito privado português, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as regras de conflitos do direito português.

Ora é neste requisito que esbarram quase todas as sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, contra um português: ou porque ofendem as regras da competência internacional dos tribunais portugueses, ou porque os árbitros, aplicando a lei estrangeira, sancionaram uma fraude à lei portuguesa, que era a normalmente competente para resolver a questão.

No domínio da competência internacional dos tribunais portugueses, temos que, pelo art. 65.º alíneas *a)* e *b)* do Código de Processo Civil, os nossos tribunais têm competência internacional quando a acção deva ser proposta em Portugal, segundo as regras de competência territorial estabelecidas pela lei portuguesa, ou tendo sido praticado em território português o acto ou facto de que a acção directamente emerge.

Segue-se daqui que se a sentença tiver sido proferida contra um português ou contra uma pessoa colectiva domiciliada em Portugal — ela não poderá ser confirmada quando o tribunal arbitral tiver funcionado:

a) — fora do lugar da situação dos bens, tendo a acção por objecto fazer valer direitos reais sobre imóveis;

b) — fora do lugar em que por lei ou convenção escrita uma obrigação devia ser cumprida, se a acção se destinava a exigir, quer o cumprimento dessa obrigação, quer, se-

gundo a jurisprudência corrente do Supremo, a indemnização de perdas e danos substitutiva da prestação contemplada e em falta;

c) — fora do lugar onde o facto ilícito foi praticado, se a acção derivar daquele facto ilícito.

É certo que Portugal ratificou e confirmou o Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem assinado em Genebra em 24 de Setembro de 1923 («Diário do Governo», n.º 10, 1.ª série, de 13-1-1931) e depois a Convenção para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, assinada em Genebra em 26 de Setembro de 1927 e publicada no mesmo «Diário do Governo».

Dadas as reservas da nossa ratificação, o Protocolo e a Convenção só se aplicam aos contratos considerados comerciais pela legislação portuguesa e nunca nos territórios coloniais.

Se me permitem, passo a ler os artigos que interessam nestes dois acordos:

Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem, assinado em Genebra em 24 de Setembro de 1923. — «Diário do Governo», I, n.º 10, de 13 de Janeiro de 1931.

1.º — Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra susceptível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter no todo ou em parte as divergências que possam resultar de tal contrato a uma arbitragem, ainda que esta tenha lugar num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.

Cada Estado contratante reserva-se a liberdade de limitar a obrigação antes mencionada aos contratos considerados comerciais pela sua legislação nacional. O Estado contratante que usar desta faculdade avisará o Secretário Geral da Sociedade das Nações a fim de que os outros Estados contratantes sejam informados.

2.º — O processo da arbitragem, incluindo a constituição do tribunal arbitral, será regulado segundo a vontade das partes e segundo a lei do país em cujo território a arbitragem se efectuar.

Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar as diligências do processo, que seja necessário efectuar nos seus territórios, de harmonia com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.

3.º — Cada Estado contratante compromete-se a garantir a execução, pelas suas autoridades e de harmonia com as disposições da sua legislação nacional, das sentenças arbitrais proferidas no seu território, em virtude dos artigos precedentes.

Portugal assinou este Protocolo com a reserva de restringir aos contratos comerciais considerados pela sua legislação nacional a obrigação prevista no 1.º § do art. 1.º e declarou que a sua aceitação não se estende às suas colónias.

Convenção para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, assinada em Genebra em 26 de Setembro de 1927. («Diário do Governo», I, n.º 10, de 13-1-1931).

Art. 1.º — Nos territórios de qualquer das Altas Partes contratantes em que se aplicar a presente Convenção, uma sentença arbitral, dada em virtude de um compromisso ou cláusula compromissória prevista pelo Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem, feito em Genebra a 24 de Setembro de 1923, será reconhecida e executada de harmonia com as regras de processo seguidas no território onde a sentença for invocada, contanto que essa sentença tenha sido dada no território de uma das Altas Partes contratantes em que fôr aplicável a presente Convenção e entre pessoas sujeitas à jurisdição de uma das Altas Partes contratantes.

Para obter esse reconhecimento ou execução será ainda necessário :

a) — Que a sentença tenha sido dada em virtude de um compromisso ou cláusula compromissória válidos perante a legislação que lhes é aplicável;

b) — Que, nos termos da lei do país onde fôr invocada, o objecto da sentença seja susceptível de ser resolvido por arbitragem;

c) — Que a sentença tenha sido pronunciada pelo tribunal arbitral, previsto no compromisso ou na cláusula compromissória, ou constituído por acordo das partes e segundo as regras de direito applicáveis ao processo de arbitragem;

d) — Que a sentença seja tida como definitiva no país onde ela tenha sido pronunciada, entendendo-se que não será considerada como tal se fôr susceptível de opposição, apelação ou revista (nos países onde esses processos existem) ou se se provar que qualquer processo de contestação de validade da sentença está correndo os seus trâmites;

e) — Que o reconhecimento ou a execução da sentença não seja contrário à ordem pública ou aos princípios do direito do país onde fôr invocada.

8. — Como referimos já, pode haver sentenças arbitrais estrangeiras em que, de harmonia com os termos da cláusula compromissória, o tribunal que as proferiu se tenha pronunciado sobre direitos reais, sobre o cumprimento de obrigações ou sobre a prática de factos ilícitos, sem, contudo, ter funcionado, respectivamente, no «forum rei sitae», no lugar onde a obrigação devia ser cumprida ou no lugar onde o facto ilícito foi praticado. Por último, a decisão arbitral estrangeira podia ter resolvido, e também em obediência ao estipulado na cláusula compromissória, questões emergentes de acto ou facto praticados em território português.

Ora, para a existência de qualquer destas sentenças teria corrido predominantemente um factor de atribuição da competência dos tribunais portugueses, nos precisos termos das já citadas alíneas a) e b) do art. 65.º do Código de Processo Civil, com referência também aos arts. 73.º e 74.º do mesmo Código.

No nosso país, a executoriedade de todas estas sentenças está sujeita a uma revisão e confirmação em que manifestamente se adoptou o sistema de revisão de mérito. (Dr. Adelino da Palma

Carlos, Código de Processo anot., I, pág. 181). Na verdade, o art. 1.105.º do Código de Processo dá ao Tribunal o poder de invocar oficiosamente a falta de quaisquer requisitos legais mencionados no art. 1.102.º, o que evidentemente envolve o exame do fundo da questão.

Durante muito tempo, a jurisprudência e a doutrina inclinaram-se a considerar a incompetência internacional como em razão das pessoas. Esta tendência teve o apoio do Prof. J. A. dos Reis, e uma consagração efectiva no § 2.º do art. 5.º do decreto n.º 12.353. Porém, na 2.ª ed. do Breve Estudo, o Professor Dr. José Alberto abraçou o princípio inverso, já então corrente na doutrina e jurisprudência de muitos países. E é só por isso que a infracção das regras da competência internacional está hoje equiparada à infracção das regras da incompetência em razão da matéria e da hierarquia. Tudo casos em que se verifica a incompetência absoluta do Tribunal (Código de Processo, art. 101.º).

A exequibilidade das sentenças arbitrais estrangeiras já foi estudada pelos Profs. Barbosa de Magalhães, Machado Vilela e José Alberto dos Reis. Também a ela se referiu, embora com menos desenvolvimento, o nosso querido Presidente da Conferência, no seu Código de Processo Civil anotado, e o eminente magistrado Dr. Eurico Lopes Cardoso, no seu excelente Manual da Acção Executiva. Com ligeiras variantes de pormenor a posição que estes ilustres autores tomaram é a seguinte :

— Não é exequível em Portugal, e não pode portanto ser confirmada aqui, uma sentença arbitral proferida no estrangeiro, com violação das regras de competência internacional dos tribunais portugueses.

Razões determinantes : As leis da competência internacional fazem parte das leis de interesse e ordem pública. Por razões de soberania, reconhecidas no direito internacional, nenhuma jurisdição de um Estado independente pode declarar válida uma sentença proferida por um tribunal considerado incompetente segundo a legislação interna daquele mesmo Estado.

Certíssimo, mas...

No art. 1.º do Protocolo de Genebra de 1923, os Estados con-

tratantes, entre eles Portugal, reconhecem a validade do compromisso ou cláusula compromissória pelos quais as partes de um contrato comercial se obrigam a submeter à decisão dos árbitros as suas divergências, ainda que a arbitragem tenha lugar num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes nesse contrato.

É inegável, portanto, que Portugal reconhece a validade de um compromisso ou cláusula compromissória firmados entre um português e um nacional de outro país contratante do Protocolo ou que a ele tenha aderido, mesmo que nessa cláusula ou compromisso se estipule que a arbitragem terá lugar fora de Portugal.

Por óbvias razões de brevidade, abtemo-nos de divagar sobre a questão de saber qual o efeito do Protocolo referido: Se constitui lei interna ou simples promessa entre os Estados contratantes de o integrar nas respectivas leis, promessa esta que adquire o seu valor obrigatório da norma-base, *pacta sunt servanda*.

A verdade também é que hoje o problema só pode ter interesse académico: Com efeito, a propósito das Leis uniformes sobre letras, livranças e cheques, o decreto n.º 26.556, de 30 de Abril de 1936, acentuou claramente e determinou que as respectivas Convenções estavam em vigor como direito interno português, uma vez que tinham sido aprovadas para ratificação e depois publicadas no «Diário do Governo».

Ora, o Protocolo de 1923 e a Convenção de 1927 foram também publicadas no «Diário do Governo», por Cartas de Confirmação e Ratificação — que concluem assim: «Visto, examinado é considerado quanto se contém no referido Protocolo (na referida Convenção) aprovado pelo decreto n.º 18.941, de 11 de Setembro de 1930, é, pela presente Carta o mesmo Protocolo (a mesma Convenção) confirmado e ratificado, assim no todo como em cada uma das suas cláusulas e estipulações, e dado por firme e válido, para produzir os seus efeitos, e ser inviolavelmente cumprido e observado, com as reservas constantes do mesmo decreto». Já dissemos que estas reservas foram unicamente que o compromisso previsto no Protocolo era restrito aos contratos considerados comerciais pela legislação portuguesa, e que, tanto o Protocolo como a Convenção, não se applicavam às nossas colónias.

Para mais, nem o Protocolo nem a Convenção estabelecem normas cuja aplicação e execução dependem da publicação de regulamentos. As regras neles editadas também não remetem para sistemas ou instituições jurídicas ainda não previstos ou regulados pela nossa lei. Se o contrário se desse poderíamos conceder que a sua vigência estivesse retardada ou suspensa — até à publicação dos regulamentos ou ao estabelecimento dos sistemas ou instituições previstos naqueles acordos internacionais.

Irámos assim até ao extremo das objecções admissíveis no direito internacional privado contra a plena vigência das convenções ou acordos internacionais (Anzilotti, Curso, trad. espanhola, 1.^a ed. tomo I, págs. 352 e segs.).

Mas à minguia destes impedimentos, o problema em debate consiste essencialmente na valorização do Protocolo e da Convenção de Genebra em relação às regras da incompetência absoluta e aos princípios reguladores da autonomia da vontade em direito internacional privado.

Por outras palavras: Vejamos que valor tem uma decisão arbitral quando o litígio foi julgado por árbitros absolutamente incompetentes.

E ainda: É exequível a decisão arbitral em que, embora de harmonia com a cláusula compromissória, foi aplicada lei diversa da normalmente competente segundo as regras que o nosso direito estabelece para resolver os conflitos de leis?

Nenhum destes pontos foi apreciado por qualquer dos ilustres autores citados, em face do Protocolo e da Convenção de Genebra.

Ora é precisamente à luz destes acordos internacionais que eu pretendo expor ao Instituto da Conferência as breves razões por que se me afigura que só muito raramente as sentenças arbitrais estrangeiras proferidas contra um português são susceptíveis de revisão e confirmação no nosso país.

9. — O assunto, quase inesgotável, pode todavia condensar-se num curto postulado: A lei nacional limita invariavelmente a vontade das partes, tanto na fixação do juízo como na escolha da lei aplicável às suas convenções.

Daqui se deriva para a demonstração da nulidade dos pactos

privativos de jurisdição dos tribunais portugueses; da validade dos pactos atributivos da jurisdição dos mesmos tribunais e do alcance, em direito internacional privado, do princípio da autonomia da vontade.

É corrente a noção de pactos privativos e atributivos da jurisdição: Nos primeiros, as partes estipulam submeter a jurisdição estrangeira causa para as quais seria competente, segundo a lei interna, a jurisdição nacional.

Nos segundos, as partes submetem à jurisdição de certo estado uma causa para a qual os tribunais desse estado não têm competência internacional.

Sem embargo das múltiplas definições da competência internacional, pensamos dever referir aqui, como útil e suficiente, a que nos dá o Prof. Barbosa de Magalhães no seu magnífico estudo sobre o Código de Processo Civil (vol. II, pág. 3): a competência internacional, num sentido restrito, abrange apenas a que respeita às acções de que os tribunais de cada país podem conhecer.

Porque serão de ordem pública, as regras de competência internacional? Vejamos, primeiro o que é ordem pública, e segundo o que é ordem pública internacional.

Ordem pública é o conjunto de instituições e de regras destinadas a manter num país o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares, e de cuja observância estes, nas suas convenções, não podem em princípio desviar-se. A ordem pública internacional é o conjunto de instituições e de regras de tal modo ligadas à civilização de um país que os juizes desse país devem applicá-las de preferência à lei estrangeira, mesmo que esta seja a competente segundo as regras ordinárias dos conflitos de leis.

É certo que, em muitos casos, os tribunais de certo Estado applicam aos estrangeiros a lei nacional destes com repúdio absoluto daquele. Quer esta applicação resulte de um dever de direito internacional ou de uma simples observância de uma regra de conflito de leis, sempre a invocação da lei estrangeira tem como fonte expressa ou tácita a lei nacional que a reconhece ou para ele remete o julgador. Nem se pode dizer que a este propósito se suscita um *conflito de leis*. Com efeito, nestes conflitos domina o

princípio de que todas as normas de direito privado são ao mesmo tempo *leis gerais* e *leis permanentes*, ou seja que pretendem ter vigência em relação a toda a pessoa que se encontra no território do Estado (territorialmente) e em relação aos seus próprios nacionais que residem no estrangeiro (extra-territorialmente). Ao dar-se uma colisão de leis, destas duas finalidades, uma exclui a outra, e a que fica será deduzida do fim social de cada lei: se o objecto da lei é a protecção de interesses pessoais, a lei será uma lei *permanente* e, por isso, extraterritorial; se o fim da lei é a protecção de um interesse colectivo, a lei será uma lei *geral*, de vigência, portanto, *territorial*.

Para chegar a dizer que certa relação ou certo acto jurídico atentam realmente contra a ordem pública nacional ou internacional tem o juiz vários processos de orientação. Ao referir-se à ordem pública do seu país, o juiz pode raciocinar assim: Em virtude da regra de conflito enunciada pelo meu legislador, eu deveria aplicar a lei do Estado A. Todavia, o resultado que produz na espécie a aplicação da lei estrangeira competente, parece intolerável por virtude da incompatibilidade deste resultado com os princípios fundamentais da minha legislação, isto é a *lex fori*.

Outro rumo para o raciocínio do juiz é partir logo da sua própria lei e argumentar assim: Há certos princípios fundamentais da minha legislação que devem ser aplicados sempre, ainda que a regra de conflito prescreva a aplicação da lei estrangeira. A razão de ordem pública — seja qual fôr o matiz do raciocínio, impõe, em todos os casos em que ela é suscitada, a não aplicação da regra de direito estrangeira que deveria ser seguida, e, quase sempre, a aplicação da *lex fori*.

Por conseguinte, a ordem pública opõe-se ao funcionamento regular da regra do conflito de leis, domina-a, paraliza-a. Mas, qualquer que seja o raciocínio do juiz, ele virá sempre a concluir que, se é contra a ordem pública desviar do tribunal competente a causa prevista pelas partes, já não o é que o tribunal incompetente em absoluto julgue o litígio que as partes voluntariamente submetem à sua apreciação, por acordo. Logo e quanto aos pactos de jurisdição: Embora o privativo seja nulo, é sempre válido o atributivo.

Quer dizer: Ofende a ordem pública nacional e é inexecúvel

em Portugal a decisão arbitral em que nacionais ou estrangeiros tenham desviado dos nossos tribunais uma causa para a qual estes são normalmente competentes. Com efeito, a alteração da normalidade, do *statu quo*, é o maior atentado contra a ordem estabelecida, a mais grave ofensa que se pode fazer à vida nacional ou internacional. Logo estamos na presença de uma nítida infracção à ordem pública nacional e internacional. Porém, a decisão arbitral proferida em Portugal, relativa a um litígio entre estrangeiros — para o qual seria normalmente competente a jurisdição de um outro país, — tem aqui validade porque a autonomia da vontade das partes não ofende o *statu quo*, nem altera a normalidade das leis portuguesas.

10. — Se houve fraude à lei, isto é, se os litigantes se submeteram voluntariamente e por acordo à jurisdição portuguesa, com o fim aparente ou oculto de fugirem à aplicação das leis de outro Estado, os nossos tribunais não têm alçada quanto a essa fuga, e não lhes compete, portanto, reprimi-la ou reduzir-lhe os efeitos. Isto, é claro, até ao ponto em que os árbitros persistam em aplicar a nossa lei, quando ela própria os remetia para a lei de outro país.

Aparentemente, repugna ter como fraudulenta uma designação, claramente feita pelas partes, da lei que deve regular os termos e a execução do seu contrato, ainda que essa lei não seja a do seu domicílio, a do lugar onde o contrato foi celebrado ou onde ele deve ser cumprido. A verificação desta fraude será ainda dificultada, conforme os factos determinativos da lei aplicável ao contrato tenham sido ou não propositadamente alterados pelas partes. Na verdade, a mudança de nacionalidade ou de residência, a transferência de valores mobiliários, a indicação do lugar de pagamento e a colocação da última vontade manifestada em território diferente de qualquer outro em que normalmente ela se deveria situar, sendo índices da vontade das partes, muitas vezes não bastarão para afirmar a fraude à lei.

Mas, quando essa fraude é inequívoca e a designação da lei corresponde a uma preferência, a uma vantagem ou a subterfúgio, não há conflito de leis, não se trata propriamente de um pacto privativo da jurisdição: O que as partes quiseram foi revo-

gar ou alterar a lei privativa do acto ou facto jurídico realizado. E, substituindo-a por outra, perturbam, manifestamente, o ambiente político, social e económico em que essa lei repudiada se inspirou, do qual ela promana e onde ela impera.

Em resumo: Por contrária à ordem pública ou aos princípios do nosso direito, não poderia ser reconhecida nem executada uma sentença arbitral proferida no estrangeiro em que fosse aplicada a lei escolhida pelas partes e não a lei que segundo o nosso direito seria a única aplicável.

Uma dúvida pode acaso levantar-se: Segundo o art. 1.572.º do Código de Processo Civil «se os árbitros forem autorizados a julgar *ex aequo et bono* ou segundo a equidade não ficam sujeitos à aplicação do direito constituído e decidirão conforme isso parecer justo». Mas o julgamento segundo a equidade exclui necessariamente a aplicação de *qualquer* direito constituído. Ora, se os poderes dos árbitros estão limitados à aplicação do direito de certo país, a sua decisão não é *ex aequo et bono*, pois nesta só domina a concepção subjectiva que cada um tem do Direito e da Justiça.

II. — Conclusões :

1.º — São válidos em Portugal o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória constante de contrato comercial, mesmo celebrado fora do país e somente entre estrangeiros (Código de Processo Civil, arts. 1.561.º e 1.565.º).

2.º — Pelo art. 1.º do Protocolo de Genebra de 24 de Setembro de 1923, relativo às cláusulas de arbitragem («Diário do Governo», 1.ª série, n.º 10, de 13 de Janeiro de 1931) são válidos o compromisso e a cláusula compromissória, ainda que a arbitragem venha a realizar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.

3.º — Contém assim o compromisso ou cláusula um pacto privativo de jurisdição formalmente proibido pelo art. 99.º do Código de Processo Civil.

4.º — A Convenção para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras — feita em Genebra em 26 de Setembro

de 1927 e confirmada e ratificada por carta publicada no já citado «Diário do Governo» — permite (art. 1.º) que se negue o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira que contrarie a ordem pública ou os princípios do direito do país onde fôr invocada. Ora :

5.º — A infracção das regras de competência internacional não determina só a incompetência absoluta do tribunal (Código de Processo Civil, art. 101.º) mas ofende também os princípios da ordem pública nacional e internacional.

6.º — É por isso inexecúvel em Portugal uma sentença arbitral proferida no estrangeiro, com base num pacto privativo de jurisdição internacional dos tribunais portugueses.

7.º — Da nulidade absoluta dessa cláusula compromissória resulta a sua ininvocabilidade para a simples constituição compulsiva do tribunal arbitral, ainda quando requerida no juízo competente, segundo a lei portuguesa.

8.º — Essa cláusula é também *nula de jure* se por ela os árbitros deverem aplicar lei substantiva estrangeira em questão normalmente sujeita à lei portuguesa, segundo as regras dos conflitos de leis.

9.º — Só pode ser revista e confirmada pelos tribunais portugueses a sentença arbitral estrangeira proferida em litígio entre estrangeiros, relativo a obrigação que, devendo ser cumprida em território estrangeiro, não se refira a bens sitos em Portugal (Código de Processo, art. 99.º).

10.º — Fora destes casos, a cláusula compromissória inserida em contratos comerciais para serem cumpridos no estrangeiro, só é válida quando na constituição do Tribunal arbitral e no seu funcionamento se não contrariarem os princípios de interesse e ordem pública nacionais e internacionais, e a acção não deva ser proposta em Portugal, nos termos das alíneas a) e b) do art. 65.º do Código de Processo Civil.

Na discussão deste interessante relatório, tomaram parte, além do Presidente do Instituto, Doutor Adelino da Palma Carlos, os

Profs. Doutores Barbosa de Magalhães, Raúl Ventura e Tabora Ferreira, e os Drs. Mário de Castro, José Maria Galvão Teles e Carmindo Ferreira.

Embora se suscitasse algumas divergências de pormenor, as conclusões foram aplaudidas por todos os oradores.