

RECUSA DE RECONHECIMENTO DE DECISÃO ARBITRAL ESTRANGEIRA PROFERIDA À LUZ DO DIREITO ESPANHOL, POR VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL: O CASO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, DE 2 DE JUNHO DE 2016

Recusa de reconhecimento de decisão arbitral estrangeira proferida à luz do Direito espanhol, por violação da ordem pública internacional: o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 2 de Junho de 2016, que recusou o reconhecimento de uma decisão proferida numa arbitragem internacional – cujo Tribunal arbitral teve sede em Espanha e aplicou direito substantivo espanhol –, com fundamento na violação da ordem pública internacional do Estado português (entre outros motivos), vem relembra a necessidade de as partes e os árbitros anteciparem riscos jurídicos, que se podem materializar apenas quando seja necessário reconhecer e executar as decisões arbitrais em diferentes jurisdições. Esta Jurisprudência é particularmente relevante, na medida em que alerta para riscos associados a um mecanismo a que as partes recorrem, frequentemente, nos seus contratos: a cláusula penal. Além de ter uma visão crítica na interpretação da reserva de ordem pública internacional, este artigo pretende chamar a atenção para contingências que devem ser ponderadas previamente ao reconhecimento da decisão arbitral, nomeadamente logo nas negociações contratuais, passando pela preparação do processo arbitral e aquando da prolação da decisão arbitral, pelos árbitros.

PALAVRAS-CHAVE

arbitragem, reconhecimento e execução de decisões arbitrais, ordem pública internacional e cláusula penal.

Refusal of recognition of foreign arbitral award –given under Spanish Law– based on international public policy: the decision issued by the Court of Appeal of Lisbon on 2 June 2016

The ruling of the Court of Appeal of Lisbon issued on 2 June 2016 refused the recognition and enforcement of an award granted by an arbitral tribunal (with its seat in Spain and that applied Spanish law to the merits of the case) in an international arbitration *inter alia* based on the ground that the recognition and enforcement of this award in Portugal would be contrary to the international public policy of the Portuguese state. This ruling underscores that both the parties and arbitrators should anticipate legal issues that may occur later on only when it becomes necessary to recognise and enforce arbitral awards in other jurisdictions. This case law is particularly relevant because it highlights the risks associated with clauses which are often included in contracts: penalty clauses. Apart from a critical view on the interpretation of international public policy, this article intends to draw attention to some issues which should be addressed prior to the moment that the winning party should request the recognition and enforcement of the arbitral award in other jurisdictions, particularly during contractual negotiations, the preparation of the arbitration and when the arbitrators hand down the arbitral award.

KEY WORDS

arbitration, recognition and enforcement of arbitral awards, international public policy and penalty clause.

Fecha de recepción: 30-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

INTRODUÇÃO

A contrariedade ou incompatibilidade com a ordem pública internacional do Estado português que derive do resultado de uma decisão arbitral estrangeira obsta ao seu reconhecimento e execução, em Portugal. Esta solução decorre quer do artigo V, n.º 2 - al. b), da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de Junho de 1958 (“CNI”), quer do artigo 56.º, n.º 1 - al. b).ii), da Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (“LAV”).

Na prática, a aplicação deste fundamento de recusa tem sido excepcional e, à partida, dir-se-ia que as decisões arbitrais com maior probabilidade de esbarrar nesta “parede” seriam as decisões proferidas ao abrigo de leis substantivas mais “distantes” ou “dísparas” da ordem jurídica portuguesa. Em princípio, mais dificilmente se antecipa a recusa do reconhecimento de decisões arbitrais proferidas ao

abrigo de leis materiais que, com a ordem jurídica portuguesa, partilham as mesmas influências históricas, bem como princípios fundamentais, contextos sociais, económicos e financeiros.

No entanto, sempre existe a exceção que confirma a regra.

O caso apreciado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 2 de Junho de 2016, é a exceção que confirma a regra (processo n.º 103/13.1YRLSB-2, disponível em www.dgsi.pt). Este Acórdão recusou o reconhecimento de uma decisão de um Tribunal arbitral, com sede em Espanha, que decidiu um caso concreto à luz do direito material espanhol. O fundamento da recusa ditada por este Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa assentou no facto de que, ao não aplicar um mecanismo para reduzir uma cláusula penal excessiva, num caso de incumprimento contratual “total”, o resultado desta decisão arbitral afigurar-

se-ia contrário à ordem pública internacional do Estado português.

Independentemente da correcção ou incorrecção deste concreto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, a recusa de reconhecimento da aludida decisão arbitral suscita preocupações para o futuro. Desde logo, recorda que será conveniente as partes e os árbitros anteciparem problemas e riscos, que se podem materializar na fase “pós-arbitral”, designadamente aquando do reconhecimento e execução de uma decisão arbitral estrangeira numa jurisdição distinta daquela que corresponde à lei substantiva aplicável na arbitragem. O caso concreto da decisão arbitral proferida em Espanha, que foi objecto de apreciação pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, reveste maior relevância não só por estar em causa a aplicação de uma lei similar à portuguesa, mas também por estar em causa uma cláusula penal, figura a que as partes recorrem frequentemente.

Assim, quando as partes acordam em incluir uma cláusula penal num contrato (ou outras cláusulas), é certo que as questões e os riscos jurídicos devem ser sopesados à luz da lei aplicável ao acordo (ou devem influir na escolha da própria lei substantiva). Sem prejuízo disto, as possíveis contingências associadas às cláusulas contratuais também devem ser ponderadas na hora de definir os termos da cláusula arbitral, indicar o(s) árbitro(s) (desde logo, tendo em atenção o contexto da sua formação jurídica), preparar a acção arbitral e aquando da redacção da própria decisão arbitral pelos árbitros, sempre antecipando o provável lugar da execução prática da cláusula penal (ou de outras cláusulas contratuais).

Isto sob pena de a parte que suporte os danos de um efectivo incumprimento contratual poder beneficiar de uma decisão arbitral favorável, mas ficar impedida de a executar, na prática. E, nos casos de materialização deste risco, ficam todos a perder – o lesado, os árbitros, a arbitragem, a segurança jurídica, etc. –, excepto a parte incumpridora.

É que a parte incumpridora beneficiará do facto de o Tribunal judicial, que interveio para apreciar o reconhecimento, estar impedido de substituir a decisão arbitral e, ainda, de o Tribunal arbitral não poder reapreciar o caso, porque já esgotou o seu poder (em rigor, a decisão arbitral não foi anulada; o seu reconhecimento “apenas” foi recusado, num determinado país). Este benefício injusto será incontornável quando a parte incumpridora apenas tenha património no país em que o reconhecimento da decisão arbitral foi negado.

De uma outra perspectiva, nestas situações, aquando da apreciação da reserva de ordem pública internacional, o Tribunal judicial terá de ter em atenção que uma decisão de recusa do reconhecimento poderá significar, na prática, um benefício injustificado do lesado (ou, pelo menos, injusto).

Vejamos, então, as questões que podem ser suscitadas a propósito da contrariedade com a ordem pública internacional.

O CASO CONCRETO

Os dados do caso concreto apreciado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, são os seguintes:

- (i) uma arbitragem ad-hoc;
- (ii) Tribunal arbitral, com sede em Espanha, composto por um árbitro único;
- (iii) lei aplicável: espanhola;
- (iv) partes: por um lado, as demandantes eram uma pessoa colectiva espanhola e outra portuguesa e, por outro lado, o demandado era uma pessoa singular portuguesa;
- (v) apesar de ter sido citado, o demandado não contestou, nem interveio, no processo arbitral;
- (vi) a decisão arbitral condenou o demandante (português) a pagar às demandantes cerca de 4,5 milhões de euros, por força da aplicação de uma cláusula penal, em resultado de um incumprimento “integral” das obrigações pós-contratuais que recaiam sobre o demandado.

Da fundamentação do aludido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa decorre que a decisão arbitral referiu o seguinte:

“(…) O artigo 1.154 CCiv [espanhol] alude ao poder do Juiz de alterar a pena quando exista um cumprimento parcial ou irregular da obrigação principal. Apenas em caso de incumprimento parcial ou irregular da obrigação (que não é o caso) estará aberta a possibilidade de analisar a quantia da pena e isso se o que foi objecto de cláusula penal não tenha sido, precisamente, o incumprimento parcial, a respeito da autonomia da vontade e liberdade para se comprometer. No presente assunto, o incumprimento deve ser qualificado de total, sem que se possa falar de desproporção e muito menos de indeterminação, já que as demandantes e o

demandado puderam calcular os prejuízos ou benefícios gerados pelo hipotético incumprimento da obrigação principal e decidiram fazê-lo em relação ao número de pressupostos incorridos, tendo acesso à documentação precisa para calcular em qualquer outro momento a quantia indemnizatória.

O Tribunal Supremo tem vindo a estabelecer que o artigo 1.154 CCiv é inaplicável no pressuposto de um incumprimento total, ou quando o pretendido pelas partes foi impor uma pena por incumprimento parcial, deficiente ou atrasado (...).

(...) O Direito espanhol, ao contrário do que sucede noutros sistemas, não permite moderar a sua pena exclusivamente por ser excessiva já que (...) a quantia da mesma foi livremente acordada pelas partes”.

Para melhor referência, saliente-se que o artigo 1154.º do Código Civil espanhol prevê o seguinte: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

Após a prolação da decisão arbitral, as demandantes pretenderam executar o demandante, em Portugal, e requereram o reconhecimento desta decisão perante os tribunais portugueses, ao abrigo da CNI.

O demandado opôs-se ao reconhecimento, tendo invocado diversos fundamentos de recusa, incluindo a contrariedade ou manifesta incompatibilidade da decisão arbitral com a ordem pública internacional do Estado português.

Apesar de o demandado ter invocado outros fundamentos de recusa do reconhecimento (que, na maioria, foram acolhidos pelo Tribunal estadual português), concentrar-nos-emos, exclusivamente, na questão da violação da ordem pública internacional por, alegadamente, o montante da condenação da decisão arbitral ser absolutamente desfasado dos prejuízos que as demandantes suportaram. Com base neste pressuposto, o demandado invocou que esta circunstância violaria o princípio da proporcionalidade, que integra a ordem pública internacional do Estado português, e que se reflecte nos artigos 811.º, n.º 1, e 812.º do Código Civil português (que, respectivamente, imporiam o prejuízo como limite do valor da indemnização e a redução equitativa da pena pelo Tribunal).

As demandantes invocaram, por um lado, que o excesso da cláusula penal deveria ter sido alegado e

provado pelo demandado na arbitragem (na qual não contestou, nem interveio) e, por outro lado, que a apreciação da desproporcionalidade da cláusula penal implicaria uma inadmissível revisão do mérito da decisão arbitral, sobretudo com base em factos não alegados na arbitragem.

O Tribunal da Relação de Lisboa, através do aludido Acórdão proferido em 2 de Junho de 2016, considerou que o resultado da decisão arbitral configurou uma condenação excessiva e desproporcional do demandado (que tinha laços com o Estado português), por o Tribunal arbitral não dispor de mecanismos de correcção ou redução da cláusula penal, para as situações de incumprimento integral do devedor, como era o caso concreto.

Em consequência, o Tribunal da Relação de Lisboa recusou o reconhecimento da decisão arbitral, por entender que o seu resultado contrariou a ordem pública internacional do Estado português.

A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Antes de mais, para ser possível ponderar os riscos e questões que a ordem pública suscita no reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, importa ter em atenção seis aspectos, que são fundamentais para caracterizar a ordem pública internacional e as suas fronteiras. Não temos a pretensão de considerar estas seis notas um elenco exaustivo. Tratam-se apenas de elementos úteis a ter em atenção na hora de exercer o controlo da ordem pública internacional.

Em primeiro lugar, os conceitos de ordem pública interna e internacional são distintos. A ordem pública internacional é mais restrita do que a ordem pública interna, porque é mais condescendente e flexível para com a multiplicidade de soluções previstas nas diferentes ordens jurídicas (Dário Moura Vicente, “Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública”, in VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2013, página 144, Ferrer Correia, in Lições de Direito Internacional Privado, Volume I, Coimbra, 2000, página 405).

Assim, um determinado resultado que viole a ordem pública interna pode não ser contrário à ordem pública internacional. No mesmo sentido, mas de outra perspectiva, o Desembargador Filipe Carço salienta que a ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna, pelo que uma norma ou princípio que não pertence à ordem

pública interna não integra a ordem pública internacional (in Apontamento à Conferência proferida no Tribunal da Relação do Porto, em 23 de Fevereiro de 2012, disponível em http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/novalav_filipecaroco.pdf).

Em segundo lugar, os limites da ordem pública internacional apenas são aferidos a posteriori, quando a solução fixada na decisão arbitral estrangeira, no momento da sua aplicação em Portugal, se afigure intolerável à luz dos princípios basilares da ordem jurídica portuguesa ou, noutras palavras, gere uma situação incompatível com as concepções ético-jurídicas ou os princípios jurídicos fundamentais (Lima Pinheiro, in *Direito Internacional Privado*, Volume I, 2.ª edição, página 589; Ferrer Correia, in *Lições de Direito Internacional Privado*, Volume I, Coimbra, 2000, páginas 405 e 406; Dário Moura Vicente, ob. cit., página 145; António Sampaio Caramelo, “A anulação da sentença arbitral contrária à ordem pública”, in *Revista do Ministério Público*, 2011, página 166, nota 29).

Uma vez que a contrariedade à ordem pública internacional se avalia caso a caso e à luz dos efeitos jurídicos que uma certa situação pode gerar, não existe um conceito apriorístico, fechado e concreto de ordem pública internacional, o que também sucede na generalidade das jurisdições (cfr. Report on the Public Policy Exception in the New York Convention - IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 2015, páginas 6 e 18).

Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Outubro de 2014, salienta o seguinte: “O conceito de ordem pública internacional é vago, fluído e impreciso, mas, numa aproximação com escopo meramente operativo, podemos (...) designá-la como uma amálgama de valores basilares e concepções dominantes de índole social, ética, política e económica expressos em princípios e regras que o aplicador deve, em cada momento histórico, interpretar e reconhecer a fim de apreciar se os mesmos se podem ter como afrontados pelo resultado a que se chegou na sentença arbitral revivida” (processo n.º 1036/12.4YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt).

A propósito de um caso em que se apreciou a questão da contrariedade à ordem pública, enquanto fundamento de recusa de reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras à luz da CNI, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Novembro de 2002, aponta alguns princípios fundamentais que integram a ordem pública

internacional, como, por exemplo, o princípio *pacta sunt servanda* ou o que não negue a ninguém a possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses legítimos pelo recurso aos tribunais, mas que reconheça a cada um, no domínio dos direitos de que possa dispor, a possibilidade de recorrer a outras formas de obtenção de justiça, fora dos tribunais estaduais (processo n.º 03B1604, disponível em www.dgsi.pt). Outros autores apontam, ainda, os princípios da boa fé, a proibição do abuso do direito, a proibição de vinculações perpétuas, etc. (António Sampaio Caramelo, ob. cit., página 172).

Em terceiro lugar, além de não ser susceptível de catalogação exaustiva, o conteúdo da ordem pública pode variar no tempo, ainda que tenda para uma compreensível estabilidade (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 2008, processo n.º 08A1698, que confirmou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Novembro de 2017, processo 5159/2007-2, ambos disponíveis em www.dgsi.pt; Mota Pinto, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra, 1999, página 551).

Ora, o Tribunal judicial de controlo deve avaliar o resultado da decisão arbitral estrangeira à luz da ordem pública internacional do Estado português, atentos os princípios fundamentais vigentes no momento da apreciação do pedido de reconhecimento. A este respeito, Ferrer Correia sublinha que a ordem pública internacional deve ser aferida em “função de concepções que hão-de vigorar no próprio país onde a questão se põe (ela varia, portanto, no espaço), que hão-de vigorar na própria ocasião do julgamento” (in *Lições de Direito Internacional Privado*, Volume I, Coimbra, 2000, páginas 406 e 407).

Em quarto lugar, a ordem pública internacional não se confunde com o espectro das normas de aplicação necessária e imediata. As soluções preconizadas pelas normas de aplicação necessária e imediata não se reconduzem, forçosamente, à ordem pública internacional (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2014, processo n.º 1036/12.4YRLSB-8, disponível em www.dgsi.pt, a propósito do artigo 38.º da Lei portuguesa do Contrato de Agência, apesar de esta norma estabelecer um padrão mínimo e, nessa medida, não ser uma estrita norma de aplicação necessária e imediata; no processo apreciado por este Acórdão, de 16 de Janeiro de 2014, estava em causa o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira proferida à luz do direito espanhol, em que não se aplicou a indemnização de clientela a um contrato de concessão comercial).

Em quinto lugar, a imperatividade de uma norma legal não implica que a sua solução integre a ordem pública internacional. Nem todas as normas imperativas se reconduzem ao espectro da ordem pública internacional de um Estado (cfr., novamente, o aludido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2014, a que se aludiu no parágrafo anterior).

Assim, o mero argumento (sublinhe-se o “mero”) de que o artigo 812.º do Código Civil é uma norma imperativa não determina, por si só, que o resultado fixado por uma decisão arbitral estrangeira que não considerou a regra prevista nesta norma legal (ou regra idêntica) seja contrária à ordem pública internacional.

Aliás, Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Kröll e Patrícia Nascimento salientam que a errada aplicação da lei apenas levará à violação da ordem pública internacional quando conduza à aplicação de uma decisão arbitrária, que se afigure contrária aos princípios fundamentais (“Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview”, in *Transnational Dispute Management*, Volume 6, Issue 1, 2009, página 54, parágrafo 139).

Em sexto lugar, em sede de controlo do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras, a reserva de ordem pública internacional permite aos Tribunais judiciais fazer o reexame da decisão arbitral, mas de uma forma excepcional. Este reexame deve restringir-se às situações em que for manifesto que o resultado da decisão arbitral viola os princípios fundamentais e basilares da ordem jurídica portuguesa (cfr. Dário Moura Vicente, ob. cit., páginas 146 e 147).

Este reexame é excepcional, porque, apesar de o controlo da ordem pública internacional implicar (re)olhar para o mérito da decisão arbitral, também é verdade que esta análise é feita, exclusivamente, para aferir se o resultado da decisão postergou as regras fundamentais da nossa ordem jurídica (Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, Janeiro/Março 2010, página 56).

Não se trata, portanto, de um reexame de mérito que implique a repetição de um julgamento, ou a realização de um novo julgamento com produção de prova, das questões de facto e de direito que se afiguraram controvertidas na arbitragem. Até porque, conforme referido no aludido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016,

o princípio geral assenta na proibição da revisão do mérito da sentença arbitral pelo tribunal estadual de controlo, mesmo para efeitos de reconhecimento. A este propósito, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, é salientado o seguinte: “A proibição da revisão do mérito da sentença arbitral pelo tribunal de controlo, que é (também) válida no âmbito de reconhecimento de decisão arbitral, significa que o tribunal de controlo não pode substituir a decisão do tribunal arbitral, no seu mérito, pela sua própria decisão. Mas não obsta a que o tribunal estadual reexamine o mérito daquela decisão, o que sucede necessariamente quando seja chamado a apreciar a contrariedade da sentença arbitral com a ordem pública ou a ordem pública internacional, e pode suceder também para se concluir pela verificação dos requisitos de validade definidos pelo art II/3 da CNI”.

De resto, confrontando o artigo 56.º, n.º 1 - al. b).ii), da LAV e o artigo 46.º, n.º 3 - al. b).ii), do mesmo diploma, constata-se que o teor literal daquela norma determina a recusa do reconhecimento quando tal reconduza a um resultado “manifestamente” incompatível com a ordem pública internacional do Estado português, enquanto que esta norma prevê que a decisão arbitral proferida em Portugal é anulável quando o seu conteúdo ofenda os princípios da ordem pública internacional, omitindo-se o advérbio “manifestamente”. Não obstante esta diferença literal, a maioria da Doutrina salienta que não existe distinção quanto ao “grau” de incompatibilidade ou ofensa que é exigido no caso de reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira e no caso de anulação de uma decisão arbitral proferida em Portugal. Seja como for, o emprego do advérbio “manifestamente” denota que, para efeitos de exercer o controlo do reconhecimento, o Tribunal judicial tem de ter o cuidado de resistir à tentação de fazer um verdadeiro novo julgamento do mérito da decisão arbitral. Retomaremos este último ponto mais adiante.

Redução das Cláusulas Penais nos Ordenamentos Jurídicos Europeus

Conforme já salientado, a ordem pública internacional reporta-se aos princípios fundamentais específicos do Estado português e não a um acervo de princípios internacionais aceites pela generalidade dos Estados. Portanto, quando se procede ao controlo da reserva da ordem pública internacional na apreciação do reconhecimento de uma decisão

arbitral estrangeira, o referente a ter em conta são os princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa e não a lei ordinária nacional e, muito menos, as soluções legais adoptadas noutros países.

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, na esmagadora maioria das decisões jurisprudenciais em que está em causa o reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, é feito o exercício de comparar a solução adoptada pela lei ordinária portuguesa e a solução da decisão arbitral proferida à luz da lei estrangeira. Quanto mais não seja para saber se a solução prevista na lei ordinária portuguesa integra, eventualmente, o núcleo essencial da ordem pública internacional do Estado português.

No citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, estava em causa saber se a cláusula penal que suportou a condenação fixada na decisão arbitral seria excessiva e desproporcional. Assim, este Acórdão confrontou o artigo 812.º do Código Civil português (que prevê redução equitativa da cláusula penal *tout court*) com o artigo 1152.º do Código Civil espanhol (que apenas prevê a redução da cláusula penal, em caso de incumprimento parcial, mas já não aos casos de incumprimento “total”). Por outro lado, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, salientou ainda que a própria decisão arbitral frisou que a Jurisprudência e Doutrina espanholas consideravam que, em casos de incumprimento total, não seria possível reduzir a cláusula penal.

Neste contexto, afigura-se, pelo menos, interessante recorrer a um exercício de direito comparado, a propósito dos regimes de redução das cláusulas penais (isto sem prejuízo, repita-se, de o controlo da reserva da ordem pública internacional ter de ser aferida pelos princípios fundamentais do Estado português e não por referência a outros sistemas jurídicos ou princípios geralmente aceites no plano internacional).

No direito alemão, o artigo 343 do BGB (Código Civil alemão) prevê que, caso uma cláusula penal seja desproporcionalmente elevada, pode ser reduzida através de sentença para montante adequado, a pedido do devedor. Não obstante, o artigo 348 do HGB (Código Comercial alemão) exceptiona este princípio para as cláusulas penais acordadas por comerciantes, no âmbito da sua actividade.

Por outro lado, o artigo 1152.º, n.º 2, do Código Civil francês e o artigo 1384.º do Código Civil italiano também conferem ao Juiz a faculdade de reduzir a cláusula penal, se a cláusula penal for

excessiva. Para este efeito, o artigo 1384.º do Código Civil italiano recorre, expressamente, à equidade.

De resto, o artigo 163.º, n.º 3, do Code des Obligations suíço prevê que o Juiz pode reduzir as cláusulas penais que considere excessivas, sendo que norma não exige um exposto pedido do devedor, para o efeito.

Por último, o artigo 7.4.13 (2) dos Princípios Unidroit (relativos aos contratos comerciais internacionais de 2010) prevê que, ainda que haja acordo em sentido contrário, a cláusula penal pode ser reduzida a uma quantia razoável sempre que for manifestamente excessiva em relação ao dano resultante do incumprimento e outras circunstâncias relevantes.

Mesmo os princípios de Common Law dos E.U.A. (artigo 356 (1) do Restatement (Second) of Contracts) preconizam que o montante da cláusula penal deve ser razoável e o artigo 2-718 (1) do Uniform Commercial Code refere que o montante da cláusula penal de liquidação antecipada do dano deve ser razoável, sob pena de nulidade.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 2 de Junho de 2016: o controlo da ordem pública internacional e a excepcionalidade do reexame do mérito

À luz do quadro acima descrito, importa, agora, analisar os fundamentos e a conclusão a que chegou o aludido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016.

Em primeiro lugar, este Acórdão debruçou-se sobre o argumento do demandado na acção arbitral (que se opôs ao reconhecimento) no sentido de que o resultado da decisão arbitral estrangeira violaria a ordem pública internacional, porquanto a cláusula penal seria excessiva à luz do n.º 3 do artigo 811.º do Código Civil, que prevê que o “credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal”.

A este respeito, o Acórdão em causa salientou – e bem – que não teria sentido aferir, se o resultado da decisão arbitral estrangeira violaria a ordem pública internacional à luz do princípio subjacente ao n.º 3 do artigo 811.º do Código Civil, porque esta norma nem sequer é aplicável à cláusula penal compulsória em causa, no caso concreto.

Em segundo lugar, acrescentamos que o facto de a validade das cláusulas penais compulsórias ser controvertida na Doutrina e Jurisprudência, à luz da lei portuguesa, não torna o resultado de uma decisão arbitral estrangeira contrária à ordem pública internacional do Estado português, apenas por ter aplicado uma cláusula penal compulsória (Assunção Cristas e Mariana França Gouveia sublinham que “a doutrina discute a admissibilidade da cláusula penal meramente punitiva, e actualmente não há grandes dúvidas sobre a sua admissibilidade”, *ob. cit.*, página 55; *cfr.*, ainda, o Acórdão do Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Janeiro de 2015, processo n.º 3938/12.9TBPRD.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

Aliás, a circunstância de uma determinada solução ser controvertida na Doutrina e Jurisprudência à luz da lei ordinária portuguesa é um indício de que, em princípio, o resultado que se apoie na aplicação de uma das soluções controvertidas não violará a ordem pública internacional. É que, se uma certa solução é discutível ou controvertida no domínio da lei ordinária, dificilmente atentarà contra os princípios fundamentais da nossa ordem jurídica.

O próprio Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016 (aqui em análise), cita Doutrina que admite a validade da cláusula penal exclusivamente compulsória, ainda que sujeita à possibilidade de o Juiz determinar a sua redução, de acordo com a equidade (Pinto Monteiro, in *Cláusula Penal e Indemnização*, 1990, páginas 601 a 605, 671 a 675, 686 e 687). A este propósito, o Supremo Tribunal da Grécia teve o cuidado de ressaltar que a protecção dos punitive damages apenas será contrária à ordem pública, na estrita medida em que a indemnização fixada na decisão arbitral estrangeira for desproporcional, num caso concreto (Decisão do Supremo Tribunal da Grécia, no processo n.º 17/1999, 6, *Koinodikion*, 69, 2000). Em sentido semelhante, o Supremo Tribunal Arbitrazh da Rússia salientou que o mero facto de a indemnização fixada pelo Tribunal Arbitral, com base numa cláusula penal, exceder o dano do credor não conduz, por si só, à violação da ordem pública; para tal suceder, o montante da indemnização, fixado com base numa cláusula penal, deve ser excessivamente elevado face aos danos suportados pelo credor (*cfr.* parágrafo 6 da Informational Letter n.º 158 do Supremo Tribunal Arbitrazh da Rússia, de 9 de Julho de 2013).

A reserva da ordem pública internacional do Estado português não será a sede própria para discutir (e,

muito menos, decidir) soluções controvertidas na Doutrina e Jurisprudência nacionais, no âmbito da aplicação da lei ordinária da nossa ordem jurídica.

Na verdade, conforme salientado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 2008, o resultado de uma decisão arbitral que viole normas de direito civil não significa, necessariamente, que “viole, também, norma de ordem pública, no sentido acima caracterizado como integradora dos valores constitucionais ou dados estruturantes do nosso sistema jurídico” (processo n.º 08A1698, disponível em www.dgsi.pt).

Em qualquer caso, Markus A. Petsche salienta que, na prática arbitral comercial internacional, as decisões arbitrais que fixam indemnizações, com base em punitive damages tout court, são excepcionais, atento o sério risco que enfrentam de não virem a ser reconhecidas, com fundamento em violação da ordem pública internacional (“Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?”, in *Arbitration International - The Journal of the London Court of International Arbitration*, Volume 29, n.º 1, 2013, página 91).

Em terceiro lugar, consideramos que o resultado de uma decisão arbitral estrangeira que leve a uma condenação manifestamente excessiva e desrazoável (em decorrência de uma cláusula penal ou de uma cláusula de outra natureza) contenderá com o princípio da proporcionalidade, que integra os princípios fundamentais da nossa ordem jurídica e está consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Aliás, autores de diversas jurisdições apontam o princípio da proporcionalidade como um dos exemplos clássicos que integra a ordem pública internacional dos respectivos Estados (António Sampaio Caramelo, *ob. cit.*, página 172).

Em Itália e na Grécia, o reconhecimento de decisões estrangeiras já foi recusado, por violação da ordem pública, com base no fundamento de que os montantes indemnizatórios fixados pelos tribunais estrangeiros se afiguravam desproporcionais, nos casos concretos (Decisão do Supremo Tribunal da Grécia, no processo n.º 1260/2002, 51, *Nomiko Vima*, 2003, páginas 1020-1021; *Soc Ruffinatti vs. Oyola Rosado*, Supremo Tribunal de Itália 1781/2012, 8 Fevereiro de 2012; embora este último caso não tenha incidido sobre o não reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira, a lógica subjacente é aplicável ao fundo do problema em análise).

No que diz respeito a Portugal, parece claro que o cerne do artigo 812.º do Código Civil português se funda nos princípios de proporcionalidade e proibição do excesso, que são princípios de alcance geral e essenciais na nossa ordem jurídica. Nesta medida, a apreciação do quadro teórico dos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso que é feita no Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, afigura-se adequada (porém, a conclusão final a que chegou, nesse caso concreto, será mais discutível, conforme veremos).

A respeito do artigo 812.º do Código Civil, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2003, foi sublinhado o seguinte: “Trata-se de um princípio de alcance geral destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes da liberdade negocial, quando se cuida de avaliar, reportando-nos ao incumprimento, as consequências do não cumprimento do acordado, ao abrigo dessa liberdade. A lei pretende aqui, evitar o exercício abusivo do direito à cobrança da pena, ainda que ela haja sido acordada em termos razoáveis.” (processo n.º 03B2503, disponível em www.dgsi.pt; no mesmo sentido, Pinto Monteiro, ob. cit., página 733 e nota de rodapé 1648).

De resto, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 2008, é referido que são “contrários à ordem pública contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica, também sendo contrários à ordem pública negócios que atinjam valores constitucionais importantes ou dados estruturantes do sistema” (processo n.º 08A1698, disponível em www.dgsi.pt).

No entanto, a posição que acabámos de expor – no sentido de que a aplicação de uma cláusula penal desproporcional contenderá com a ordem pública internacional – não resulta do mero facto de o n.º 1 do artigo 812.º do Código Civil português cominar com nulidade qualquer estipulação contrária à possibilidade de redução (tal apenas significa que esta norma é imperativa). Resulta, antes, da aplicação directa dos princípios fundamentais da proporcionalidade e proibição do excesso. Deste modo, importa interpretar com cautela o excerto do aludido Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, quando este refere o seguinte: “não pode escamotear-se a importância da redução da cláusula penal na nossa ordem jurídica interna como decorre da circunstância do n.º 1 do art 812.º CC determinar a nulidade de qualquer estipulação contrária à possibilidade daquela redução equitativa”.

Tendo isto presente, importa passar a um quarto ponto na análise do caso apreciado pelo aludido Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016.

Assim, em quarto lugar, o facto de se constatar, correctamente, que os princípios da proporcionalidade e proibição do excesso suportam o artigo 812.º do Código Civil português não significa que a circunstância de o direito estrangeiro – ao abrigo da qual foi proferida a decisão arbitral (no caso, o direito espanhol) – não consagrar uma norma semelhante determina, automaticamente, a recusa do reconhecimento desta decisão arbitral, por violação da ordem pública internacional do Estado português.

Isto porque, conforme já referido, o que releva para apreciar a eventual violação da ordem pública internacional é o resultado da decisão arbitral, num caso concreto, e não o mero quadro legal do direito estrangeiro material aplicável, em abstracto, na arbitragem.

Por conseguinte, o mero facto de a redução da cláusula penal prevista no artigo 1154.º do Código Civil espanhol apenas se aplicar a casos de incumprimento parcial não determina, por si só, que o resultado da decisão arbitral que aplicou uma cláusula penal exclusivamente compulsória (ou de outra natureza) a uma situação de incumprimento total, ao abrigo do direito espanhol, seja contrário à ordem pública internacional do Estado Português.

É que o montante concreto da condenação pode não violar os aludidos princípios da proporcionalidade e proibição do excesso e, se assim for, será irrelevante que o artigo 1154.º do Código Civil espanhol não se afigure aplicável, em abstracto, a situações de incumprimento total.

Deste modo, para efeitos de apreciar a eventual violação da ordem pública internacional do Estado português, não basta constatar, em abstracto, que a Doutrina e Jurisprudência espanholas consideram que, em casos de incumprimento total, as cláusulas penais são insusceptíveis de redução.

A aplicação de todos estes filtros está em linha com a interpretação restritiva defendida pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão, na hora de avaliar a eventual violação da ordem pública internacional (nomeadamente do princípio da proporcionalidade), sobretudo quando está em causa o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira (Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Kröll e Patrícia Nascimento, ob. cit., página 59, parágrafo 158).

Portanto, haverá que levar a cabo um exercício mais exaustivo e restritivo, como passamos a demonstrar de seguida.

Em quinto lugar, este exercício mais exaustivo e restritivo – que implica ir mais além – exige apreciar, à luz dos factos concretos alegados e provados, se o montante da condenação proferida pela decisão arbitral estrangeira, com base na cláusula penal meramente compulsória, é desproporcional.

Sublinhamos que esta apreciação deve ocorrer à luz do juízo feito na decisão arbitral, face aos factos, efectivamente, provados. A este propósito, importa recordar que, no caso concreto apreciado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, o demandado nem sequer apresentou defesa no processo arbitral, apesar de ter sido citado.

Assim, importa identificar qual foi o primeiro e principal fundamento da aludida decisão arbitral proferida pelo Tribunal arbitral, com sede em Espanha (cujo reconhecimento foi recusado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016), no que diz respeito ao montante da cláusula penal que suportou a condenação.

Conforme resulta da transcrição da fundamentação da decisão arbitral estrangeira feita no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, o Tribunal arbitral salientou, expressamente, o seguinte: “No presente assunto, o incumprimento deve ser qualificado de total, sem que se possa falar de desproporção e muito menos de indeterminação, já que as demandantes e o demandado puderam calcular os prejuízos ou benefícios gerados pelo hipotético incumprimento da obrigação principal e decidiram fazê-lo em relação ao número de pressupostos incorridos, tendo acesso à documentação precisa para calcular” a cláusula penal.

Portanto, face à matéria de facto fixada no processo arbitral, o Tribunal arbitral considerou, em sede de decisão do mérito, que a cláusula penal não era desproporcional, nem desrazoável.

Da transcrição (parcial) da referida decisão arbitral que consta neste Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa parece-nos que este foi o juízo que, em primeira linha, suportou o resultado daquele laudo arbitral. Apenas depois disto, a título meramente complementar, é que a decisão arbitral estrangeira se reportou à questão da inaplicabilidade do artigo 1154.º do Código Civil espanhol ao incumprimento total. Ou seja, fê-lo num exercício subsidiário e

abstracto, no sentido de que se, em tese, estivesse em causa uma cláusula penal desproporcional, esta seria insusceptível de redução, ao abrigo do artigo 1154.º do Código Civil espanhol. Ressalvamos que esta apreciação resulta da transcrição parcial da decisão arbitral no Acórdão em análise.

Se for assim efectivamente, por referência à factuabilidade provada no caso concreto desta arbitragem (em que o demandado não participou, apesar de ter sido citado), importa recordar que o reexame do mérito da decisão arbitral que a reserva de ordem pública internacional permite fazer é um controlo excepcional, pelo que a recusa do reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira deve ter o cuidado de não cair na tentação de fazer um novo julgamento, nem tão-pouco repetir o julgamento arbitral.

Deste modo, o Tribunal judicial deve ter um especial cuidado para não desvirtuar, ele próprio, certos pressupostos que serviram de base à prolação da decisão arbitral e que são insusceptíveis de impugnação em sede de recurso.

A propósito do controlo – à luz da ordem pública – do resultado de uma decisão arbitral que aplicou uma cláusula penal, no citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 2008, foi salientado que o Tribunal judicial não está autorizado a levar a cabo um novo julgamento do mérito fora do quadro efectivamente apurado na acção arbitral. Neste Acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o resultado da decisão arbitral não foi contrário à ordem pública, tendo sublinhado o seguinte:

«Além disso, não consta claramente do acórdão arbitral que aquele tenha classificado a referida cláusula penal como exclusivamente indemnizatória e sem qualquer especial intuito compulsório, e o seu apuramento efectivo envolveria, como dissemos já, a apreciação do mérito da decisão do citado acórdão arbitral, vedado aqui, como já vimos.

A recorrente pretende retirar das referências avulsas e vagas constantes do acórdão arbitral a “indemnização”, “indemnização e a título de cláusula penal”, “sanção indemnizatória”, ou “sanção pecuniária”, para concluir pela pretendida característica da cláusula penal. Ora das referidas alusões não pode, sem mais, resultar a ausência de quaisquer intuítos compulsórios, mesmo que cumulativos com finalidade indemnizatória, no estabelecimento daquela» (proces-

so n.º 08A1698, disponível em www.dgsi.pt, comentado criticamente por Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, ob. cit., páginas 41 e ss., embora não directamente quanto a este excerto).

Embora o caso apreciado por este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça se enquadrasse numa acção de anulação de uma decisão arbitral e não uma questão de reconhecimento, a questão do controlo da ordem pública internacional é idêntica.

Em sexto lugar, outro dos argumentos invocados no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016 – no sentido de qualificar a condenação da decisão arbitral como desproporcional –, assentou no facto de, apesar de ser verdade que o demandado retirou manifestas vantagens do incumprimento e que as ponderou antes do mesmo, saltaria aos olhos que a condenação de uma pessoa singular em cerca de 4,5 milhões de euros corresponderia a uma condenação “manifestamente excessiva”.

Na medida em que este raciocínio se reporta a uma categoria abstracta – a natureza de pessoa singular –, esta argumentação não será a mais apropriada para apreciar se os efeitos de um determinado resultado são contrários à ordem pública internacional, num determinado caso concreto. A não ser assim, sempre que estivesse em causa uma arbitragem contra uma pessoa singular, à partida, a condenação estaria limitada a uma quantia inferior a 4,5 milhões de euros.

É verdade que, antes desta consideração genérica sobre a natureza de pessoa singular, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, se reporta a benefícios que o demandado auferiu durante a sua relação contratual com as demandantes. No entanto, as referências a estes benefícios e à natureza abstracta de pessoa singular parecem ser independentes e autónomas.

Em qualquer caso, para aferir a proporcionalidade da cláusula penal, o mais adequado seria ter como referência o montante dos benefícios que o demandado poderia recolher, ou recolheu, do seu incumprimento, sobretudo atenta a natureza meramente compulsória (e já não de liquidação antecipada do dano) da cláusula penal em causa. Aliás, foi o próprio Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 2016, que salientou que o demandado ponderou o incumprimento das suas obrigações pós-contratuais e daí retirou manifestas vantagens.

Daqui decorre que, no momento de apreciar se o eventual resultado de uma decisão arbitral é contrário à ordem pública internacional de um determinado Estado, o Tribunal judicial deve ter a preocupação redobrada de, efectivamente, se focar nos efeitos do laudo arbitral, no caso concreto, ao invés de cair na tentação de enveredar por um proteccionismo injustificado, como parece ter sido o caso (cfr. Funke Adekoya, “The Public Policy Defence to Enforcement of Arbitral Awards: Rising Star or Setting Sun”, in *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2015, Volume 2, Issue 2, páginas 203-222).

CONCLUSÃO

Por um lado, recuperamos a ideia inicial de que, para a arbitragem internacional ser efectiva, as decisões arbitrais têm de ser passíveis de execução, desde logo, em jurisdições distintas da sede do Tribunal arbitral e, mesmo, da lei substantiva aplicável à arbitragem.

A este respeito, Alan Redfern e Martin Hunter salientam o seguinte: “one of the most important features of an award in an international commercial arbitration is that it should be readily transportable. It must be capable of being taken from the state in which was made, under one system of law, to other states in which it is able to qualify for recognition and enforcement, under different systems of law. To render an award effective, means must be available for enforcing it and these means must be available internationally and not simply in the country in which the award was made” (in *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson-Sweet & Maxwell, 4.ª Edição, 2004, páginas 437 e 438).

À luz desta preocupação, e a propósito do tema dos punitive damages (quando admissíveis à luz da lei material aplicável à arbitragem), Markus A. Petsche salienta que a preocupação dos Tribunais arbitrais com a execução da decisão pode chegar a ser tal que, caso a sua execução se antecipe inverosímil numa determinada jurisdição, então o Tribunal arbitral será tentado a recusar a conceder uma indemnização calculada *tout court* de acordo com os punitive damages (ob. cit., página 103).

Em alternativa, outros autores sugerem que, quando exista o risco de o montante indemnizatório fixado na decisão arbitral violar a ordem pública internacional do Estado em que a decisão será

– previsivelmente – executada, então os árbitros devem ser sensíveis a esse risco e, se possível, separar os diferentes segmentos condenatórios na própria decisão arbitral (por exemplo, compensatory damages e punitive damages). Isto para que, no pior cenário, a parte vencedora apenas se depare com uma recusa parcial de reconhecimento da decisão arbitral, ao invés de uma recusa integral, que poderia levar à inutilidade prática do laudo arbitral (Jessica Jia Fei, Damien MacDonald e Eunice Bai, “Awards of Punitive Damages”, in *Post-Hearing Issues In International Arbitration*, editado por Devin Bray e Heather L. Bray, Juris, 2013, páginas 67 e 68; a propósito da admissibilidade da anulação parcial de decisões arbitrais, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 2013, processo n.º 03A2318, disponível em www.dgsi.pt e, ainda, Paula Costa e Silva, “Anulação e recursos da decisão arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, 1992, página 962).

Estes riscos devem ser ponderados pelas partes (quer no momento de definir os termos do contrato, incluindo a cláusula arbitral, quer no momento de configurar a sua pretensão indemnizatória numa acção arbitral) e, naturalmente, pelos árbitros (na hora de proferir a decisão arbitral).

Por outro lado, embora a arbitragem (a boa arbitragem) não deva ter receio da reserva da ordem pública internacional, também é verdade que este mecanismo não deve ser utilizado pelos Tribunais judiciais para se substituir ao Tribunal arbitral e recusar o reconhecimento do laudo arbitral, através de um verdadeiro novo julgamento ou uma nociva reapreciação do caso (António Sampaio Caramelo, *ob. cit.*, páginas 172 e 173). Isto sob pena de se transformar, perniciosamente, o mecanismo de reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras num “recurso ordinário” de reapreciação do mérito.

ADRIANO SQUILACCE*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).