

SUMÁRIO

I. É hoje entendimento pacífico que o nosso sistema de revisão de sentenças (arbitrais) estrangeiras é de natureza puramente formal, ou seja, não comporta, em regra, a revisão de mérito.

II. Os princípios e regras cujo afastamento ou divergência fundam a recusa de revisão da sentença, sendo limite ao reconhecimento, têm de ser graves e essenciais, não bastando que os mesmos apenas se revistam de imperatividade na ordem jurídica interna.

III. Há uma diferença fundamental entre a atuação de uma cláusula penal e os “*danos punitivos*” (*punitive damages*), figura de direito americano da responsabilidade civil extracontratual, visto que estes não são reconduzíveis à autonomia das partes do contrato.

IV. A circunstância de não ter sido alegado/provado qualquer dano, mas apenas o incumprimento das obrigações, não é adversa à nossa ordem pública internacional, visto que o direito material português admite a desnecessidade daquela alegação/prova perante uma cláusula de liquidação antecipada dos danos.

V. A condenação no pagamento de uma indemnização pela parte que incumpriu negócio sinalagmático (25 milhões de dólares norte-americanos), transitada em julgado, mesmo sendo esse contrato de uma relevância considerável (a venda de uma unidade fabril no Brasil), prevista em cláusula penal convencionada entre ambos os outorgantes, em nada afronta o ordenamento público internacional do nosso País, antes consubstancia uma cláusula penal em sentido estrito, com dupla função compulsória e indemnizatória.

VI. Não estando essa convenção bilateral desconforme ao direito civil nacional e nada obstando ao reconhecimento em Portugal, deve a sentença arbitral condenatória ser confirmada, nos termos e ao abrigo da Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958.

I. Relatório

AA, S.A., intentou - nas Varas Cíveis de Lisboa - a presente ação especial de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira contra BB, pedindo que seja confirmada a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá de 10 de dezembro de 2007, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958.

Alegou, para o efeito e em síntese, que, por sentença de 10 de dezembro de 2007, proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, foi o ora Requerido condenado a pagar à Requerente as quantias

discriminadas no artigo 1.º da petição inicial. A sentença arbitral foi prolatada ao abrigo do convencionado entre as partes, as quais firmaram termo e compromisso arbitral em 31 de maio de 2007, na sequência da sentença proferida pela 34.ª Vara Cível da Capital Brasileira, que remeteu o objeto do litígio para arbitragem. Nos termos daquela decisão, as partes acordaram submeter à arbitragem o julgamento do seguinte litígio:

“O objeto da arbitragem será [é] o seguinte: a1) se a AA cumpriu as obrigações previstas no pré-contrato celebrado entre as partes dentro do prazo, lá pactuado; a2) se BB cumpriu com suas obrigações lá pactuadas; a3) especificar quem, dentre as partes constantes do pré-contrato, descumpriu as obrigações lá assumidas; se houve o cumprimento das obrigações constantes no item a, b e c da cláusula 4.1 e do exposto na cláusula 3.b no pré-contrato em questão; c) se, por conta do descumprimento das obrigações por AA, S.A., não mais existe vínculo jurídico entre BB e AA, S.A., nos termos do pré-contrato em questão; d) se cabível a multa prevista no item 5 do pré-contrato em apreço (multa de vinte e cinco milhões de dólares)” (cfr. documento de fls. 56 a 63).

Finalmente, alegou que a decisão de reconhecimento da sentença não conduz a resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português, preenchendo os requisitos do artigo I da Convenção de Nova Iorque a que Portugal aderiu em 18 de outubro de 1994.

Pelo que, encontrando-se reunidos os pressupostos exigidos pelo artigo IV, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque, deve a sentença arbitral ser reconhecida para execução no ordenamento jurídico português.

Pessoal e regularmente citado, o Requerido deduziu oposição nos presentes autos, com vista à recusa ou indeferimento do pedido de reconhecimento da decisão em causa, defendendo-se por exceção e por impugnação.

Suscitou a procedência da exceção de incompetência relativa do Tribunal com as legais consequências; pugnou pela rejeição do reconhecimento da sentença arbitral em causa, por se encontrar pendente ação judicial, na qual se pedia a respetiva anulação; sendo sempre de indeferir o pedido de reconhecimento da decisão arbitral em apreço, pois, de contrário, seria violada a ordem pública internacional do Estado português.

Alegou, para o efeito e em suma, ser o Tribunal da Relação de Lisboa o competente para a revisão e confirmação da sentença arbitral.

Referiu ter proposto uma ação anulatória da sentença arbitral que a Requerente pretende agora ver reconhecida, ação que então estava pendente e corria termos no Juízo da 29.ª Vara Cível de São Paulo, no Brasil. Mediante a aludida ação, o Requerido pediu que fosse anulada a sentença arbitral *sub judice*, ordenando-se que outra fosse prolatada, em seu

lugar, pela Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Tendo em conta a pendência da ação de anulação, proposta, como foi pelo aqui Requerido, no tribunal brasileiro competente, e considerando que foi no Brasil que a sentença arbitral, cujo reconhecimento se pretende, foi proferida, deve esse pedido de reconhecimento ser indeferido, com fundamento nas disposições da Convenção de Nova Iorque ou, no limite, diferida a sua apreciação.

A Requerente respondeu à oposição, pugnando pela confirmação da sentença estrangeira, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da aludida Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, e indeferindo-se as exceções arguidas, por falta de fundamento.

Findos os articulados, seguiu-se despacho proferido em 10 de setembro de 2009 (cfr. fls. 127 a 129), no qual o Magistrado Judicial das Varas Cíveis de Lisboa se declarou incompetente, em razão da forma de processo, para conhecer da presente ação especial, e competentes os Juízos Cíveis de Lisboa.

Remetidos os autos à Secretaria dos Juízos Cíveis de Lisboa, em seguida foram apresentadas alegações escritas, tanto pelas partes como pelo Ministério Público, nos termos do disposto no artigo 1099.º, n.º 1, do pregresso Código de Processo Civil.

O Ministério Público concluiu as suas alegações escritas, do modo seguinte:

“(...) Comprovado que seja o trânsito em julgado da sentença arbitral e, sem que seja demonstrada a suspensão ou paralisação da eficácia da mesma no Brasil, não vejo impedimento ao seu reconhecimento e execução em Portugal (...)”.

O Requerido formulou as seguintes conclusões nas suas alegações escritas:

1. A decisão revidenda não transitou em julgado; deve, com este fundamento, ser recusada a sua confirmação nos termos do disposto no artigo 1096.º, al. b), do Código de Processo Civil, e no artigo V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque;

2. A decisão revidenda corresponde a uma condenação num montante exorbitante – 25 milhões de dólares – que não corresponde ao ressarcimento de danos causados à Requerente pelo Requerido; com efeito, esses danos não foram apurados, porque nem sequer foram alegados pela Requerente;

3. A decisão revidenda analisa-se numa condenação na qual o dano não é pressuposto da indemnização, ao contrário do que obrigatoriamente se determina na lei nacional portuguesa;

4. A decisão revidenda consagra, deste modo, uma indemnização do tipo *punitive damages*, que a nossa ordem jurídica não permite;

5. A decisão revidenda viola a ordem pública internacional do Estado português e, por isso, não pode ser confirmada pelos nossos tribunais, nos termos do disposto no artigo 1096.º, al. f), do Código de Processo Civil, e no artigo V, n.º 2, al. b), da Convenção;

6. A decisão revidenda viola a ordem pública internacional do Estado português pois, para além de ofender os princípios que estruturam a responsabilidade civil e a obrigação de indemnizar, viola, também, os princípios da proporcionalidade e da justiça que estruturam o ordenamento jurídico português;

7. Estas conclusões são consensuais entre os Ilustres Professores de Direito que emitiram os pareceres juntos aos autos e alicerçam-se na fundamentação deles constantes.

Nestes termos, deve a presente ação ser considerada improcedente e, em consequência, ser negado o pedido de confirmação formulado pela Requerente, dele se absolvendo o Requerido.

O Requerido juntou quatro pareceres da autoria dos Professores Catedráticos João Calvão da Silva (janeiro de 2009), António Menezes Cordeiro (dezembro de 2008), José de Oliveira Ascensão e Dário Moura Vicente (outubro de 2008) e António Pinto Monteiro (maio de 2009).

Por seu turno, a Requerente, nas suas alegações escritas, concluiu que o pedido de confirmação da sentença arbitral estrangeira deverá ser julgado procedente, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da sobredita Convenção de Nova Iorque.

Também juntou dois pareceres da autoria dos Professores Catedráticos Carlos Ferreira de Almeida (fevereiro de 2010) e Luís de Lima Pinheiro (fevereiro de 2010).

Mais requereu a condenação do Requerido como litigante de má fé, em multa e indemnização, referindo que ele próprio desencadeou o acionamento da cláusula penal identificada nos autos em seu benefício, adotando uma conduta contraditória e ofensiva do princípio da boa fé, no âmbito do processo arbitral, onde a quis ver aplicada contra a ora Requerente. Seguiu-se a resposta do Requerido, no sentido de lhe ser lícito opor-se à confirmação da decisão arbitral, tendo em conta que esta alegadamente ofende, de uma forma grave e patente, princípios de ordem pública internacional do Estado português.

Posteriormente, foi proferida decisão de 21 de julho de 2010 (cfr. fls. 628 a 643), nos termos da qual o Tribunal determinou a suspensão da presente instância até se mostrar definitivamente julgada a ação anulatória de sentença arbitral pendente no Juízo da 29.ª Vara Cível de São Paulo com o número ***.**.**** (cfr. documento de fls. 120 a 125), ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos V, n.º 1, al. e), e VI da Convenção de Nova Iorque e dos artigos 276.º, n.º 1, al. c), e 279.º, n.º 1, do anterior Código de Processo Civil.

Esta decisão de suspensão veio a ser objeto de confirmação por duto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 30 de junho de 2011 (cfr. fls. 731 a 751).

A presente instância esteve suspensa desde então, até que o Requerido informou os presentes autos de que foi julgado improcedente, mediante decisão com trânsito em julgado, o pedido de anulação da decisão arbitral – o que levou à cessação da suspensão, mediante despacho judicial proferido no pretérito dia 7 de julho (cfr. fls. 836 a 839).

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia.

O processo é o próprio e não enferma de nulidades que o invalidem totalmente.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão regularmente patrocinadas.

Inexistem outras nulidades ou exceções dilatórias de que cumpra conhecer e que obstem à apreciação do mérito da causa.

Fixamos à presente causa o valor inicialmente atribuído de € 16 027 029,30.

Importa resolver se a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá de 10 de dezembro de 2007 (documentada a fls. 8 a 55) pode ser recebida no ordenamento jurídico português, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958.

II. Fundamentação de facto e sua motivação

Com relevância para a decisão da causa e com exclusão da matéria conclusiva e/ou de direito, o Tribunal considera provados os factos seguintes:

1. Por sentença de 10 de dezembro de 2007, proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (número */****), transitada em julgado, foi o ora Requerido condenado a:

- a) Pagar à ora Requerente a quantia de USD 25 000 000 (vinte e cinco milhões de dólares norte americanos), equivalente a € **15 908 367,80** (quinze milhões, novecentos e oito mil, trezentos e sessenta e sete euros e oitenta cêntimos), acrescida de juros de mora à taxa de 1 % ao mês, contados após trinta dias da notificação da sentença arbitral e até efetivo pagamento;
- b) Pagar à ora Requerente, no mesmo prazo referido na alínea anterior, quantia equivalente a 20 % de todas as despesas e custos com a arbitragem, a informar pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá,

incluindo os honorários dos árbitros, de modo a que o ora Requerido suporte no total 70 % dos custos e despesas totais e a ora Requerente 30 %;

- c) Pagar à ora Requerente a quantia de R\$ 300 000 (trezentos mil reais), equivalente a € 118 661,50 (cento e dezoito mil, seiscentos e sessenta e um euros e cinquenta cêntimos), a título de honorários de advogado, no prazo de trinta dias contados da notificação da sentença arbitral, sob pena de incorrer em juros de mora de 1 % ao mês até à data do efetivo pagamento (cfr. documento de fls. 8 a 55);

2. A sentença arbitral acima referida foi proferida ao abrigo do convencionado entre as partes, as quais firmaram termo e compromisso arbitral em 31 de maio de 2007, na sequência da sentença proferida pela 34.^a Vara Cível da Capital Brasileira, que remeteu o objeto do litígio para a arbitragem (cfr. documento de fls. 56 a 63);

3. Nos termos daquela decisão, as partes acordaram submeter a arbitragem o julgamento do seguinte litígio:

“O objeto da arbitragem será [é] o seguinte: a1) se AA cumpriu as obrigações previstas no pré-contrato celebrado entre as partes dentro do prazo, lá pactuado; a2) se BB cumpriu com suas obrigações lá pactuadas; a3) especificar quem, dentre as partes constantes do pré-contrato, descumpriu as obrigações lá assumidas; se houve o cumprimento das obrigações constantes no item a, b e c da cláusula 4.1 e do exposto na cláusula 3.b no pré-contrato em questão; c) se, por conta do descumprimento das obrigações por AA, S.A., não mais existe vínculo jurídico entre BB e AA, S.A., nos termos do pré-contrato em questão; d) se cabível a multa prevista no item 5 do pré-contrato em apreço (multa de vinte e cinco milhões de dólares)” (cfr. documento de fls. 56 a 63);

4. A referida cláusula de penalidade (do item 5 do pré-contrato) está redigida nos termos seguintes:

“Caso qualquer uma das partes deixe de cumprir a sua obrigação de consumir a Aquisição, salvo as Exceções, tal parte infratora se obriga desde já a indenizar imediatamente a outra parte (inocente) no valor equivalente a US\$ 25,000,000 (vinte e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos)” (cfr. documento de fls. 8 a 55, em concreto, a fls. 51);

5. O Requerido propôs ação anulatória da sentença arbitral acima referida, ação que estava pendente à data da propositura da presente lide e que corria os seus termos no Juízo da 29.^a Vara Cível de São Paulo, no Brasil, com o número de processo ***.**.****, distribuída em 2 de junho de 2008 (cfr. documento de fls. 120 a 125);

6. Através da ação referida no ponto anterior, o Requerido peticionou que fosse anulada a sentença arbitral *sub judice*, determinando-se a prolação de outra, em seu lugar,

pela Câmara de Comércio Brasil-Canadá e sendo aí demandada a ora Requerente (cfr. documento de fls. 120 a 125);

7. O ora Requerido também requereu, no Brasil, providência cautelar (pedido de antecipação de tutela) com a finalidade de impedir a execução da sentença arbitral visada, a qual foi indeferida pelo Tribunal Judicial, que decidiu nos termos seguintes:

“1. (...) 2. Mesmo no caso de ajuizamento das ações rescisórias ou anulatórias, não há impedimento ao cumprimento da sentença ou do acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Não considero, na hipótese, imprescindível a concessão da antecipação da tutela pretendida, considerando que caso venha a ser executada a sentença arbitral, é cabível impugnação a que se poderá outorgar efeito suspensivo.

Ademais, a matéria que fundamenta a pretensão do autor envolve aspectos de validade da decisão arbitral que de pronto, sem o crivo do contraditório, não têm como ser examinados; nesse sentido, não verifico a verossimilhança das alegações do requerente, que possa justificar o impedimento a eventual execução” (decisão de 24 de junho de 2008) – cfr. documentos de fls. 109, 110 e 120 a 125;

8. Em 21 de fevereiro de 2011 foi proferida sentença no âmbito da referida ação de anulação, registrada no dia seguinte, nos termos da qual foi julgada extinta a ação, sem solução de mérito, contra a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, com fundamento no artigo 267.º, IV, do Código de Processo Civil brasileiro, e julgado improcedente o pedido formulado contra a ora Requerente, com fundamento no artigo 269.º, I, do mesmo código, sendo o Requerido condenado como litigante de má fé (cfr. documento de fls. 765 a 767);

9. Em 20 de abril de 2011 foi recebido o recurso de apelação daquela sentença e, a 12 de julho de 2011, os autos foram remetidos à Superior Instância (Tribunal de Justiça) para apreciação do recurso de apelação interposto (cfr. documento de fls. 765 a 767);

10. Em 3 de outubro de 2012 foi concedido parcial provimento ao aludido recurso, por terem sido afastadas as multas aplicadas em decorrência do afastamento do ora Requerido como litigante de má fé (cfr. documento de fls. 812 a 814);

11. No respetivo Acórdão (com o trânsito em julgado reconhecido pelo Requerido, a fls. 833) foi mantida a improcedência do pedido formulado contra a ora Requerente, de anulação da sentença arbitral já identificada (cfr. documento de fls. 812 a 814);

12. Foi o ora Requerido quem desencadeou contra a Requerente o acionamento da cláusula penal ínsita na decisão arbitral, em seu benefício (cfr. documento de fls. 8 a 55);

13. O Requerido é um homem de negócios e empresário reconhecido em Portugal, também com experiência internacional;

14. O Requerido é um cidadão de nacionalidade portuguesa (cfr. documento de fls. 150 a 152 do apenso A).

Com interesse para a decisão da causa e com exclusão da matéria conclusiva e/ou de direito, não se provou qualquer outro facto concreto.

A matéria factual acima elencada nos pontos 1 a 12 consubstancia, desde logo, factualidade que não foi impugnada pelo Requerido, na sua essencialidade (ressalvamos o que se dirá *infra*, no que ao trânsito em julgado da decisão arbitral revidenda concerne).

Em todo o caso, encontra a mesma facticidade sustentação probatória bastante (e sedimentada) no espólio documental *supra* mencionado nos respetivos pontos de facto (entre parêntesis). Salienta-se que o Requerido manifestou aceitar o teor dos documentos juntos pela Requerente como documentos números 1 e 2 (insertos de fls. 8 a 55 e 56 a 63), nos artigos 19.º e 20.º da sua contestação, e admitiu o trânsito do Acórdão (cfr. ponto 11).

Por fim, é do conhecimento geral e domínio público que o Requerido é um homem de negócios e empresário reconhecido em Portugal, com experiência internacional (cfr. artigo 412.º, n.º 1, do novo Código de Processo Civil, aplicável por remissão do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho), sendo que a natureza e alcance do litígio arbitral são, por si só, sintomáticos da intensidade e do volume da (então) atividade empresarial do Requerido. A sua nacionalidade consta do documento de fls. 150 a 152 do apenso A.

III. Fundamentação de direito e subsunção jurídica

Como se enquadrou, urge apurar e decidir, no essencial, se a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá de 10 de dezembro de 2007 (documentada a fls. 8 a 55) pode ser recebida ou acolhida no ordenamento jurídico português, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958 (identificação do objeto do litígio).

Analisemos com algum detalhe.

De harmonia com o disposto no artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”.

A predita Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, foi aprovada pela Assembleia da República, para ratificação, através da Resolução n.º 37/94, de 10 de março, tendo a mesma sido ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 52/94, de 8 de junho, com publicação oficial no Diário da República I-A Série, n.º 156/94, de 8 de julho de 1994.

Portugal fez uma reserva, ao abrigo do disposto no artigo I, n.º 3, da Convenção, no sentido de apenas aplicar a mesma no caso de as sentenças arbitrais terem sido proferidas no território de Estados a ela vinculados, com base na reciprocidade. Tendo em conta que o Brasil ratificou a referida Convenção no dia 23 de julho de 2002, é inequívoco que a mesma vigora entre os dois Estados soberanos. Trata-se, aliás, do instrumento internacional mais relevante no respeitante às arbitragens e que, quanto ao nosso País, constitui uma fonte de direito hierarquicamente superior à lei interna ordinária. Conta com mais de 130 Estados contratantes, entre os quais se inclui a generalidade dos países industrializados. A Convenção de Nova Iorque prevalece sobre a lei ordinária interna, mas, de acordo com o disposto no artigo VII, n.º 1, da mesma Convenção, o requerente tem a faculdade de promover o reconhecimento e a execução da sentença arbitral com base no direito interno do Estado de reconhecimento, se este lhe for mais favorável.

As condições de reconhecimento são exclusivamente definidas pela Convenção de Nova Iorque; a menos que o requerente promova o reconhecimento e a execução da sentença arbitral com base no direito interno do Estado de reconhecimento, se este lhe for mais favorável.

Atente-se no que se sumariou, a tal propósito, no douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 9 de outubro de 2003 (relatado por **Pires da Rosa** e com texto disponível em www.dgsi.pt), transcrição parcial: *“As normas insertas na Convenção de Nova Iorque são normas de direito internacional, normas que de acordo com o art.º 8.º da Constituição da República prevalecem tanto sobre o direito interno anterior como posterior, designadamente sobre os invocados art.ºs 1100.º e 1096.º, al. e) do CPCivil”*.

Temos, pois, como pacífica a aplicação ao caso em apreço da Convenção de Nova Iorque, que entrou em vigor para Portugal em 16 de janeiro de 1995 – com a preterição das condições gerais de reconhecimento decorrentes do artigo 1096.º do pregresso Código de Processo Civil, atual artigo 980.º – porquanto a própria Requerente veio convocar a aplicação da Convenção à situação dos presentes autos.

Entretanto, entrou em vigor na ordem jurídica nacional a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária), no dia 15 de março de 2012,

diploma que revogou a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto e o artigo 1097.º do anterior Código de Processo Civil (este preceito legal regia sobre a aplicabilidade à decisão arbitral, na parte em que o pudesse ser, do disposto no artigo 1096.º do anterior código de processo).

Segundo o estatuído no artigo 55.º da nova Lei da Arbitragem Voluntária, as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal estadual português competente, nos termos do disposto no capítulo X da referida lei – sem prejuízo do imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como por outros tratados ou convenções que vinculem o Estado português. A nova Lei da Arbitragem Voluntária é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro (cfr. artigo 61.º da citada lei).

Contudo, coloca-se a questão de delimitar o âmbito de aplicação no tempo do regime de reconhecimento da nova Lei da Arbitragem Voluntária, relativamente às decisões arbitrais proferidas antes da sua entrada em vigor e quanto aos processos de reconhecimento já pendentes nessa data de entrada em vigor (a situação dos autos, cuja instância, de resto, estava suspensa à data da entrada em vigor do referido diploma legal).

Parece de considerar que o regime de reconhecimento da nova Lei da Arbitragem Voluntária deve, em princípio, aplicar-se somente às ações judiciais de reconhecimento propostas após a sua entrada em vigor (no dia 15 de março de 2012). É essa a regra geral.

No que tange aos fundamentos de recusa do reconhecimento, tal solução sustenta-se, por um lado, na consideração de que a decisão arbitral estrangeira só produz efeitos na nossa ordem jurídica, enquanto ato jurisdicional, depois de reconhecida num processo judicial. Por outro lado, a parte que solicita o reconhecimento deve poder avaliar, no momento da propositura da ação, da sua viabilidade. Em todo o caso, parece ser de admitir a aplicação do novo regime aos processos pendentes quando, no caso concreto, for mais favorável ao reconhecimento (cfr., no mesmo sentido, **Luís de Lima Pinheiro**, *Direito Internacional Privado*, volume III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 575).

Assentimos com tal posição (cfr. artigo VII, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque).

Todavia, na situação vertente, não descortinamos que a aplicação do novo regime de 2011/2012 (Lei da Arbitragem Voluntária) se revele como uma solução mais favorável ao reconhecimento da decisão arbitral revidenda.

O referido novo regime apresenta, aliás, algumas similitudes com o da legislação processual civil (cfr., por exemplo, artigo 1096.º, al. f), do anterior Código de Processo Civil, atual artigo 980.º, al. f); e artigo 56.º, n.º 1, al. b), sub-al. ii), da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), e daí não se retira com linearidade, a nosso ver, que o mesmo configure uma normatividade mais favorável ao reconhecimento da decisão arbitral revidenda.

Não deixa de ser sintomático que, tendo o novo regime entrado em vigor em março de 2012 (como se viu), a Requerente não lhe tivesse feito qualquer referência desde então, nem pugnado com vista à sua prevalecente aplicação à situação concreta (sempre sem prejuízo do imperativamente preceituado na Convenção de Nova Iorque de 1958).

Ao invés, a Requerente manteve uma atitude coerente com o pedido formulado, mantendo a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque à decisão arbitral revidenda.

Nessa medida, considerando que a decisão revidenda remonta a 10 de dezembro de 2007, que o presente processo judicial data de 10 de julho de 2008, que a nova Lei da Arbitragem Voluntária entrou em vigor anos depois e que não é ostensivo que o referido novo regime integre uma normatividade mais favorável ao reconhecimento da decisão, entende o Tribunal não ser aplicável, *in casu*, a dita Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que aprovou a nova Lei da Arbitragem Voluntária.

Ora, por força do artigo III da Convenção de Nova Iorque, seguem-se as regras de processo fixadas pelo direito interno do Estado de reconhecimento, com salvaguarda do disposto na Convenção sobre os documentos que devem ser juntos ao requerimento inicial e às mencionadas condições de reconhecimento. Os únicos fundamentos de recusa de reconhecimento que podem ser invocados são os elencados no artigo V da Convenção.

No artigo V da Convenção de Nova Iorque são taxativamente fixadas as condições de que depende a obrigação de reconhecer e executar as sentenças arbitrais estrangeiras. O referido artigo está formulado negativamente, indicando os fundamentos para a recusa de reconhecimento e de execução. Uma parte destes fundamentos de recusa depende de alegação e prova pela parte requerida (n.º 1). Os restantes fundamentos (inarbitrabilidade e contrariedade à ordem pública internacional) são de conhecimento oficioso (n.º 2).

Ao abrigo do disposto no artigo V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque, o reconhecimento e a execução da sentença arbitral serão recusados, a pedido da parte contra a qual for invocada, se esta parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova “(...) de que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida”.

A Convenção de Nova Iorque consagrou a regra geral do trânsito em julgado da sentença arbitral estrangeira como pressuposto da sua eficácia no país em que se pretende o seu reconhecimento e execução, devendo o tribunal *presumir* o trânsito em julgado dessa decisão e cabendo ao demandado/requerido elidir essa presunção *juris tantum* (relativa). O instrumento vigente não impõe ao requerente o ónus de provar que a decisão arbitral passou em julgado, estando ele dispensado de fazer a prova positiva e direta do requisito indicado. É o requerido quem, ao invés, deve fazer a prova da ausência do dito requisito, caso a alegue.

Não obstante, se foi requerida a anulação ou suspensão da decisão às autoridades estaduais competentes referidas no artigo V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque, mas esta ainda não foi decretada, o tribunal do Estado de reconhecimento tem a faculdade de adiar a declaração de executoriedade ou, a solicitação do requerente, de exigir da outra parte a prestação de garantias adequadas (cfr. artigo VI da Convenção de Nova Iorque).

Com a referência à *obligatoriedade* da decisão pretende-se tornar claro que não pode exigir-se, para o reconhecimento, uma declaração de executoriedade ou uma homologação no país de origem. A decisão pode ser considerada "*obrigatória*" a partir do momento em que não é suscetível de recurso ordinário.

Importa, neste momento, determo-nos em alguns conceitos do direito processual civil brasileiro sobre esta matéria, que sumariamente se descrevem num breve percurso e como auxílio à resolução da questão que nos interessa.

De acordo com o direito brasileiro, o conceito de *trânsito em julgado* equivale à impossibilidade de alteração da decisão judicial, no bojo do mesmo processo em que prolatada, por não mais ser cabível qualquer recurso. É interna, endoprocessual. Uma decisão transita em julgado a partir do momento em que dela não caiba mais recurso ordinário ou excepcional (o transcurso do prazo do recurso que ocasiona o instituto da *coisa julgada*). O facto de para cada litígio corresponder uma decisão, sem a possibilidade de reapreciação da controvérsia após o que se denomina *trânsito em julgado* da decisão, caracteriza essa função estatal e a difere das demais. O momento no qual uma decisão se torna imodificável é o do trânsito em julgado, que se opera quando o conteúdo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação por via recursiva, daí a sua consequente imutabilidade. Desta sorte, diz-se que uma decisão transita em julgado e produz coisa julgada quando não mais pode ser modificada pelos meios recursórios de impugnação.

Essa segurança gera uma perfeita pacificação social, pois que é preciso que os jurisdicionados saibam que, a partir de dado momento, as decisões judiciais se tornam definitivas e a lide se encerra por completo. Se fosse possível alterar o teor de decisões

judiciais a qualquer tempo (através dos meios recursivos), o litígio jamais seria encerrado. A imutabilidade da coisa julgada (a qualidade que surge com o trânsito em julgado de sentença ou acórdão, tornando imutável o seu dispositivo, sempre que inviável novo julgamento sobre causa idêntica) promana, pois, do princípio da segurança jurídica.

De notar que o direito processual brasileiro conhece a figura da *ação rescisória*, que é a via adjetiva adequada para retirar de sentença transitada em julgado a qualidade de coisa julgada, permitindo um novo julgamento sobre a mesma demanda (cfr. artigos 485.º a 495.º do anterior Código de Processo Civil brasileiro, atuais artigos 966.º a 975.º). Ocorre *coisa soberanamente julgada* quando não caiba mais ação rescisória, quer porque já proposta e julgada improcedente, quer pelo decurso do prazo do artigo 495.º do anterior Código de Processo Civil brasileiro, atual artigo 975.º (referências bibliográficas: **Humberto Theodoro Júnior**, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, volume I, 35.ª edição, 2000; **Vicente Greco Filho**, *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, volume II, edição de 2003; **Nelson Nery Jr.**, *Teoria Geral dos Recursos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, edição de 2004; e **Arruda Alvim**, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, volumes I e II, 2003).

Na situação em presença, importa reiterar que a Convenção de Nova Iorque consagrou a regra geral do trânsito em julgado da sentença arbitral estrangeira como pressuposto da sua eficácia no país em que se pretende o seu reconhecimento e execução, devendo o tribunal presumir o trânsito em julgado dessa decisão e cabendo ao demandado/requerido elidir a presunção. O instrumento vigente não impõe ao requerente o ônus de provar que a decisão arbitral passou em julgado, estando ele dispensado de fazer a prova positiva e direta do requisito indicado. É o requerido quem, ao invés, deve fazer a prova da ausência do dito requisito.

No caso dos autos, é uma realidade que a certidão apresentada pela Requerente (de fls. 8 a 55) nada traduz em relação ao trânsito em julgado da sentença arbitral visada, tendo o Requerido comprovado, na sua oposição, que intentou contra a ora Requerente ação anulatória da sentença arbitral, que correu os seus termos no Juízo da 29.ª Vara Cível de São Paulo, no Brasil, com o número *****/**** (cfr. documento de fls. 120 a 125).

Contudo, o Requerido não demonstrou nos presentes autos que a decisão arbitral não tivesse transitado em julgado. Apenas provou que estava pendente no Brasil ação anulatória da sentença arbitral - ação fundada, acrescentamos, nos artigos 26.º, 32.º e 33.º da Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, versão anterior à Lei n.º

13.129, de 26 de maio de 2015) e que não deixou de seguir o procedimento comum do Código de Processo Civil brasileiro (cfr. artigo 33.º da Lei de Arbitragem brasileira).

Os elementos de que dispomos nos autos apontam todos no sentido do trânsito em julgado da decisão arbitral, que aliás se presume, podendo até depreender-se de fls. 530 que as partes convencionaram que, em caso de controvérsia irreconciliável sobre qualquer das condições estabelecidas no “*pré-contrato*” (contrato-promessa de compra e venda do capital social da *Goldensand*), “(...) as partes ficarão obrigadas a acatar como final e definitiva decisão de um juízo arbitral a ser eleito em São Paulo” (cláusula 9.ª).

Com esse alcance, a sentença arbitral tornou-se “*obrigatória*” para as partes e não se vislumbra a suscetibilidade de recurso ordinário da mesma decisão arbitral. Aliás, a ação de anulação teve mesmo de pressupor o trânsito em julgado da decisão cuja anulação se pretendeu (cfr., por exemplo, o proêmio do artigo 485.º do anterior Código de Processo Civil brasileiro, bem como a parte final do artigo 495.º) – iniciativa rescisória sem sucesso.

Devemos, num primeiro passo, salientar que a sentença arbitral visada transitou em julgado na ordem jurídica brasileira. Tornou-se “*obrigatória*” para ambas as partes no ordenamento jurídico brasileiro, aí constituindo um verdadeiro título executivo e, em face da improcedência definitiva da ação anulatória, passou a *coisa soberanamente julgada*.

Assim sendo, concluímos que não assiste razão ao Requerido ao defender que a decisão revidenda não transitou em julgado e que deveria, com este fundamento, ser recusada a sua confirmação, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 1096.º, al. b), do pregresso Código de Processo Civil (não aplicável), bem como no artigo V, n.º 1, al. e), da Convenção de Nova Iorque de 1958.

Argumentou adicionalmente o Requerido que a decisão revidenda se analisa numa condenação na qual o dano não é pressuposto da indemnização, ao contrário do que obrigatoriamente se determina na lei nacional portuguesa. A sanção aplicada pela decisão que se pretende ver revista não corresponde à prática de qualquer ato ilícito cometido pelo Requerido, tal como não corresponde a qualquer dano sofrido pela Requerente, o qual nem sequer foi alegado por esta.

Acrescentou que a cláusula 5.ª da denominada “*Oferta Vinculativa de Aquisição*”, que está na origem da decisão arbitral estrangeira, tem um teor punitivo à imagem dos chamados *punitive damages* do direito americano. Em Portugal, sempre se considerará nula uma cláusula que fixe somente “*danos punitivos*”, ou seja, uma cláusula estipulando um montante indemnizatório que não é contrapartida de danos, à luz das disposições conjugadas dos artigos 562.º, 564.º, n.º 1, 811.º, n.º 3, e 812.º, n.º 1, todos do Código Civil, sendo que o citado

n.º 3 do artigo 811.º prescreve: “O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal” (na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, ainda vigente).

No caso em apreço – segundo continuou o Requerido – não existe alegação de prejuízo nem, por maioria de razão, a sua demonstração. A proporcionalidade impregna toda a ordem pública internacional do Estado português. Reconhecer e permitir executar uma sentença arbitral, proferida no estrangeiro (Brasil) contra um cidadão português, condenando-o a pagar 25 milhões de dólares norte-americanos como contrapartida de dano algum, violaria, de forma gritante, a nossa ordem pública.

A decisão revidenda consagra, deste modo, uma indemnização do tipo *punitive damages*, que a nossa ordem jurídica não permite; viola a ordem pública internacional do Estado português e, por isso, não pode ser confirmada pelos nossos tribunais, nos termos do preceituado no artigo 1096.º, al. f), do anterior Código de Processo Civil, e no artigo V, n.º 2, al. b), da Convenção. A decisão – concluiu – viola a ordem pública internacional do Estado português, porquanto, para além de ofender os princípios que estruturam a responsabilidade civil e a obrigação de indemnizar, atinge, de igual sorte, os princípios da proporcionalidade e da justiça, ambos basilares no ordenamento jurídico nacional.

Analisando.

É consabido que a ação de revisão/confirmação de sentença estrangeira – independentemente do órgão de que promana, jurisdicional ou não – constitui uma verdadeira causa, tendo por finalidade a revisão e confirmação de sentença estrangeira.

Tipicamente, trata-se de uma ação declarativa de simples apreciação, pelo que o efeito que se lhe atribui retroage à data da mesma (sentença estrangeira), ou seja, tudo se passa, para o nosso ordenamento jurídico, como se a sentença tivesse sido proferida por tribunais portugueses. Aquilo que justifica as ações de simples apreciação, ou de declaração – que se podem configurar como positivas ou negativas – é, genericamente, a necessidade de reagir contra uma situação de incerteza acerca da existência, ou inexistência, de um direito ou de um facto. O autor pretende que o Tribunal aprecie essa situação de incerteza jurídica e ponha termo a tal insegurança, que o prejudica (ainda que esse prejuízo possa não se traduzir como material ou económico). O facto cuja existência ou inexistência se pretende que seja declarada (com a força vinculativa própria das decisões judiciais) tem de ser, obviamente, um facto jurídico, ou seja, um facto juridicamente relevante, e não um facto neutral/ajurídico (cfr. **Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora**, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág. 21).

A ação de mera declaração desempenha, pois, uma relevante função social, na medida em que previne possíveis litígios e assegura a certeza do direito e das relações jurídicas, contribuindo desse modo para o incremento dos negócios jurídicos.

Na revisão de uma sentença estrangeira, o Tribunal nada mais faz do que verificar se a sentença submetida à sua presença está (ou não) em condições de produzir efeitos em Portugal, não entrando, pois, no mérito da causa. Dito de outro modo: mesmo o nosso ordenamento jurídico-processual, em matéria de revisão de sentenças estrangeiras, é o da revisão meramente formal.

No mesmo sentido, dispõem as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo IV da sobredita Convenção de Nova Iorque, segundo a qual, para obter o reconhecimento e a execução referidos no artigo anterior, a parte que requerer o reconhecimento e a execução deverá juntar ao pedido o original devidamente autenticado da sentença, ou uma cópia do mesmo, verificadas as condições exigidas para a sua autenticidade, e o original da convenção referida no artigo II, ou uma cópia da mesma, também verificadas as condições exigidas para a sua autenticidade.

Em relação à argumentação do Requerido, já acima sintetizada, refira-se, em primeiro lugar, que no próprio ordenamento jurídico brasileiro não são admitidos os denominados *punitive damages* (“danos punitivos”), figura de direito americano do âmbito da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana. A condenação cuja execução a Requerente tenciona agora obter não tem a sua origem em qualquer instituto jurídico estranho ao nosso ordenamento jurídico, mas apenas na responsabilidade civil contratual.

Há uma diferença fundamental entre a atuação de uma cláusula penal e os “danos punitivos”, uma vez que estes não são reconduzíveis à autonomia das partes do contrato, designadamente, a uma cláusula do contrato.

Acresce que a cláusula penal inserta no contrato é referida, na própria decisão arbitral, como “*pré-fixação da indemnização por descumprimento*”; ou seja, trata-se de uma liquidação antecipada dos danos exigíveis ou, se quisermos, uma convenção antecipada de liquidação dos danos, mas com uma dúplici função indemnizatória e compulsória.

Em consequência, a mera circunstância de não ter sido provado qualquer dano, mas apenas o incumprimento das obrigações, nem sequer é contrário à ordem pública internacional de Portugal, porquanto o direito material português também admite esta desnecessidade perante uma cláusula de liquidação antecipada dos danos.

Como se viu, o tribunal do reconhecimento não pode, no quadro da reserva de ordem pública internacional, reapreciar a questão de fundo, mormente considerar que a cláusula

penal não é, afinal, uma cláusula de liquidação antecipada dos danos, mas uma cláusula estritamente penal ou sancionatória, que pretende penalizar o devedor pelo incumprimento, sem mais. É que tal corresponderia a uma nova caracterização dos factos, que já foi realizada pelo tribunal arbitral, e seria uma revisão do mérito da decisão, inadmissível perante o sistema de reconhecimento formal estabelecido na Convenção de Nova Iorque e perante a fronteira que urge estabelecer entre reserva de ordem pública e a reapreciação da decisão a reconhecer.

Em todo o caso, o facto de o tribunal arbitral não ter reconhecido à Requerente mais nenhuma indemnização para além do montante estipulado vai ao encontro de uma caracterização da cláusula como uma verdadeira convenção de liquidação antecipada dos danos, que nada tem que ver com os *punitive damages*.

É patente sublinhar que o Requerido se sujeitou voluntariamente à arbitragem relevante, consentindo em todas as regras e potenciais consequências a ela inerentes. Tanto assim é que foi o Requerido quem iniciou o processo arbitral, tendo sido condenado em sede de pedido reconvenicional. Aceitou as condições do contrato que levou ao litígio arbitrado, incluindo a sua cláusula penal – em nada se confundindo com os chamados *punitive damages* – que deu azo à respetiva condenação no Brasil. É incontornável observar que o Requerido conhecia a possibilidade de qualquer uma das partes vir a ser condenada por força dessa cláusula penal, consoante o “*descumprimento*” que aí se viesse a apurar.

Como o frisou a Requerente nas suas alegações escritas, “(...) o Requerido é um empresário reconhecido e experiente, a nível nacional e internacional, que conhece bem as práticas contratuais e comerciais nas quais cláusulas como a referida são prática comum. (...)”.

Na decisão revidenda pode, ainda, ler-se o seguinte:

“66. A mera existência de logotipo de AA no instrumento jurídico não é suficiente para se extrair certeza de que tenha sido esta a parte que redigiu o documento contratual. Muito menos que BB não tenha negociado seus termos e condições. O Vendedor, assessorado por instituição financeira e por advogados de escritório renomado no país, participou ativamente da negociação da Oferta e, conseqüentemente, nele estabeleceu uma série de cláusulas e condições em seu proveito e proteção” (cfr. documento de fls. 8 a 55, em concreto, a fls. 53).

Não se deslinda, assim, que o Requerido se permita vir invocar as desvantagens de uma consequência contratual que, ele próprio, havia previamente desencadeado contra a aqui Requerente, pois que foi aquele quem primacialmente suscitou o acionamento da cláusula penal, em seu benefício, conforme resultou cabalmente demonstrado neste pleito.

Acresce que a mera circunstância de se fazerem pontuais referências, na decisão, à ideia de pena e de incentivo ao cumprimento a propósito da cláusula visada, não afastam a sua função primária – de determinação antecipada do montante da indemnização, sem a necessidade de se comprovar os danos e o correspondente montante, mas apenas o não cumprimento (“*Trata-se de uma cláusula penal de natureza penitencial que resulta na pré-fixação da indemnização por descumprimento*” – cfr. documento de fls. 8 a 55, em concreto, a fls. 51).

Muitas cláusulas penais têm, por natureza, uma finalidade secundária típica de incentivo ao cumprimento – a que se contrapõe o desincentivo ao incumprimento – pois facilitam e agilizam a reclamação do pedido de indemnização pela contraparte. O dano não foi sequer alegado, por ambas as partes, porque à luz do direito aplicável (brasileiro) não tinha de o ser, já que não estamos perante uma cláusula simplesmente sancionatória.

Importa ainda sinalizar que o ora Requerido, como resulta da decisão revidenda, alegara que “(...) a multa prevista na cláusula 5.^a configura o direito de arrependimento, uma vez que o valor da multa é bem inferior ao do contrato o que não ocorre quando as partes estipulam cláusula penal compensatória. (...)” – cfr. documento de fls. 8 a 55, em concreto, a fls. 20.

Ou seja, no contexto do contrato subjacente ao procedimento de arbitragem que correu termos no Brasil, o ora Requerido nem sequer considerara *elevado* o montante da multa estipulada pelas partes, à luz dos valores pecuniários envolvidos na relação negocial em apreço. Nessa medida, não é curial que formule entendimento tão diferente por referência ao aludido sancionamento, a partir do momento em que passou a ser ele a parte condenada, sob pena de poder integrar a conduta de *venire contra factum proprium*.

Assim, da admissibilidade legal da cláusula penal e/ou da multa penitencial decorre diretamente que o credor tem direito à quantia estipulada abstraindo da alegação e prova de quaisquer danos e, por conseguinte, os princípios em matéria de sanção da responsabilidade civil extracontratual, que têm fundamentado em alguns países o não reconhecimento de decisões estrangeiras que condenam em *punitive damages*, são irrelevantes para o efeito (cfr. douto parecer jurídico junto aos autos, da autoria do Prof. Doutor **Luís de Lima Pinheiro**, de fls. 526 a 569).

Aí se alinharam – entre outras – as conclusões seguintes, que transcrevemos:

“14.^a – O art. 811.º/3 CC é, por forma geral, criticado pela doutrina, não tem, segundo alguns autores, sentido útil, e não é, segundo outros, aplicável a cláusulas penais com função compulsória ou punitiva, o que se reflecte na sua muito limitada aplicação pelos tribunais. É uma solução conjuntural desconhecida das principais ordens jurídicas que assentam em concepções semelhantes à nossa e que está em contradição com os princípios subjacentes à admissibilidade da cláusula penal. Não parece de

forma alguma defensável que este preceito exprima um princípio estruturante da ordem jurídica portuguesa” (cfr. fls. 565 e 566).

“15.^a – Por acréscimo, este preceito não pode ser aplicado a uma cláusula penal com natureza penitencial, porque neste caso não se trata de indemnizar um prejuízo mas de pagar a contrapartida do exercício da faculdade de arrependimento, e a sua actuação depende da alegação e prova pelo devedor de que o montante fixado excede o valor do prejuízo (art. 342.º/2 CC). O Sr. BB não alegou que o montante estipulado na cláusula penal excede o valor do prejuízo sofrido pela AA com a inexecução do contrato. Pelo contrário, nas alegações que apresentou no tribunal arbitral, o Sr. BB argumentou que o montante estipulado na cláusula penal é «bem inferior» ao valor previsível do prejuízo sofrido com o incumprimento do contrato” (cfr. fls. 566).

“16.^a – É defensável que a reserva de ordem pública internacional possa ser oposta à aplicação de uma lei estrangeira que não admita a redução da penalidade convencional manifestamente excessiva. Não é, porém, o que se verifica no caso vertente. O tribunal arbitral não reduziu o montante estipulado na cláusula penal porque, em primeiro lugar, este montante não é manifestamente excessivo. O montante estipulado é de 15,6 % do preço da venda, o que de modo algum se apresenta como manifestamente excessivo. Segundo, porque o Sr. BB não pediu esta redução, nem alegou e provou os factos que a poderiam fundamentar, como lhe competiria perante o Direito português (art. 342.º/2 CC). Como já foi assinalado, o Sr. BB alegou precisamente o contrário perante o tribunal arbitral. (...).” (cfr. fls. 566).

“20.^a – Por acréscimo, como já foi assinalado, o montante estipulado não excede manifestamente o valor previsível do dano causado pelo incumprimento; nenhum elemento interpretativo permite afirmar que a cláusula não pressupõe o dano: a desnecessidade de o dano ser alegado e provado pelo credor decorre do regime legal aplicável à cláusula penal e/ou multa penitencial; este argumento põe em causa as conclusões que o tribunal arbitral retirou dos factos e a sua qualificação jurídica, o que significaria entrar numa verdadeira revisão de mérito da decisão arbitral que, como vimos, não é admitida pela Convenção de Nova Iorque; o argumento é inspirado numa construção doutrinal e não se baseia na manifesta incompatibilidade com qualquer princípio fundamental geral reconhecido como estruturante da ordem jurídica portuguesa que possa desencadear a actuação da reserva de ordem pública internacional” (cfr. fls. 567 e 568).

Em relação às críticas veementes da doutrina contra a redação do artigo 811.º, n.º 3, do Código Civil, conferida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, veja-se, por todos, **Pires de Lima e Antunes Varela** (cfr. *Código Civil Anotado*, volume II, 4.^a edição, pág. 80):

“A segunda inovação [do dito Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho], traduzida no aditamento do n.º 3 da disposição, consiste na proibição de o credor exigir alguma vez uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal.

E esta é francamente desastrada (cfr., no mesmo sentido, Pinto Monteiro, Inflação e direito civil, Coimbra, 1984, págs. 36 e segs.).

A nota característica da cláusula penal, ou da pena convencional se assim se preferir chamar-lhe, reside precisamente na possibilidade de ela exceder o valor da prestação devida e, nessa medida, constituir um estímulo suplementar ao cumprimento da obrigação. (...).

Pôr-lhe como limite o valor do prejuízo causado ao credor pelo não-cumprimento equivale a, rompendo com o sentido tradicional da figura, eliminar grande parte do seu interesse prático.

Precisamente para prevenir e remediar os excessos na fixação do montante da cláusula penal é que, imperativamente, se admite a sua redução equitativa (art. 812.º), medida que também perdeu grande parte do seu interesse prático com o infeliz aditamento do n.º 3 do artigo 811.º.

Não quer o comentário significar que, com o novo e deslocado limite que lhe foi imposto, a cláusula penal tenha perdido todo o seu interesse real.

Há, realmente, casos em que o valor do prejuízo causado pela falta de cumprimento da obrigação é difícil de determinar, e outros até em que a falta do cumprimento pode não causar ao credor prejuízos de carácter patrimonial.

E numa e outra situação a cláusula penal pode ter real interesse” (anotação 11.).

Para, mais adiante (na anotação 9. ao artigo 812.º do Código Civil), se acrescentar:

“A modificação introduzida no texto anterior (proveniente do Dec.-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho) pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, consistiu na eliminação do limite que fora estabelecido ao poder judicial de redução equitativa da cláusula penal.

A redução da cláusula penal, depois da limitação estabelecida pelo diploma de 1980, não poderia ir ao ponto de a sua aplicação atribuir ao credor um valor inferior ao dano efectivamente causado pelo incumprimento da obrigação.

Como a cláusula penal, segundo a nova (e desastrada) doutrina do n.º 3 do artigo 811.º, introduzido pelo aditamento do diploma de 1983, não pode exceder o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação, não faria sentido manter este valor como montante mínimo da aplicação da cláusula. E a conclusão a que a infeliz premissa conduz, na interpretação conjugada dos dois preceitos (art. 811.º, n.º 3, e art. 812.º, n.ºs 1 e 2), é que o legislador pretendeu admitir a redução equitativa da pena, mesmo no caso de inadimplemento da obrigação, até um valor inferior ao do dano efectivamente sofrido pelo credor” (cfr. ob. cit., pág. 83).

Parece, porém, que a doutrina do n.º 3 do citado artigo 811.º não prejudica a validade da cláusula penal *pura* (estritamente coercitiva) para a hipótese de retardamento no cumprimento da obrigação (cfr. **Antunes Varela**, *Rev. Leg. Jur.*, 121.º, pág. 223).

Por outro lado, a ordem pública internacional integra um conceito que, apesar de indeterminado, se pode definir pela sua função: obstar a situações jurídicas criadas a coberto

de direito estrangeiro, que ofendam os princípios estruturantes ou basilares da ordem jurídica nacional. A exceção de ordem pública internacional pretende prevenir a divergência profunda e estrutural com a lei estrangeira, ou impedir que o reconhecimento da sentença não nacional conduza a um resultado absolutamente chocante, notoriamente intolerável ou inadmissível para o nosso ordenamento jurídico.

Como ensina **Ferrer Correia** (cfr. *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, 2000, pág. 406), cada Estado (soberano) tem os seus valores jurídicos fundamentais, de que entende não dever abdicar, e interesses de toda a ordem que reputa como essenciais e que, em qualquer caso, lhe incumbe proteger.

Conforme se sumariou no douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 23 de outubro de 2014 (relatado por **Granja da Fonseca** e com texto disponível em www.dgsi.pt), transcrição parcial:

I – À revisão de sentença arbitral proferida por tribunal arbitral sediado em Estado que haja subscrito a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 aplica-se primordialmente este tratado internacional, estando o tribunal estadual português, a quem é pedido o reconhecimento da mesma, adstrito a recusá-lo quando oficiosamente constate que o resultado a que se chegou naquela decisão contraria a ordem pública internacional do Estado Português.

II – O conceito de ordem pública internacional é vago, fluído e impreciso mas, numa aproximação com escopo meramente operativo, podemos, para o efeito assinalado em I, 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 revidenda.

III – A contrariedade à ordem pública internacional do Estado Português avalia-se em função do efeito jurídico a que a decisão arbitral conduz, irrelevando os fundamentos em que ela se ateve”.

A exceção de ordem pública internacional, ou a reserva de ordem pública, implícita em toda a remissão que o direito internacional privado opera para os direitos estrangeiros, visa impedir que a aplicação de uma norma estrangeira, pela via indireta da execução de sentença estrangeira, conduza, no caso concreto, a um resultado intolerável, gritantemente inaceitável, não comportando um qualquer juízo de desvalor sobre a norma ou o regime jurídico cuja aplicação se rejeita.

Conforme também se sumariou no já citado douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2003 (relatado por **Pires da Rosa** e com texto disponível em www.dgsi.pt), transcrição parcial:

“1 – Nos termos da Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94, de 8 de Julho) o reconhecimento e a execução de uma qualquer sentença arbitral proferida no território de um dos estados contratantes só poderão ser recusados no território de outro estado contratante nos casos contados previstos no art.º V da Convenção, designadamente «se forem contrários à ordem pública desse mesmo país».

2 – Do que se fala quando aqui se fala em «ordem pública» é da chamada «ordem pública internacional», ou seja, dos princípios fundamentais estruturantes da presença de Portugal no concerto das nações;

3 – de princípios, no que aqui nos importa, como o que siga a máxima latina 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, mas não já de um princípio que supra a insuficiência de meios de quem – como as sociedades comerciais – só existe, ontologicamente, enquanto puder assegurar os meios económicos necessários à sua própria existência”.

A ordem pública do Estado português só é fundamento de recusa quando o reconhecimento da decisão arbitral revidenda conduza a um resultado manifestamente incompatível com aquele ordenamento jurídico, ou contrário ao mesmo. Os princípios e regras cujo afastamento ou divergência fundam a recusa de revisão, sendo limite ao reconhecimento, têm de ser graves e essenciais, não bastando que os mesmos se revistam de imperatividade na ordem jurídica interna.

A esse propósito, tem a doutrina desenvolvido vários critérios restritivos para o funcionamento da reserva de ordem pública do Estado português, idóneos a estabelecer limites adequados à aplicação do referido conceito geral. Esses critérios constituem um auxílio ao juiz na aplicação do disposto na alínea *b)* do n.º 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque, permitindo que o julgador conclua (ou não) pela convocação desta norma.

Geralmente, os mesmos têm sido agrupados da forma seguinte:

- a) Critério da natureza dos interesses ofendidos;*
- b) Critério do grau de divergência; e*
- c) Critério da imperatividade.*

No respeitante ao critério da natureza dos interesses ofendidos, significa o mesmo que a ordem pública prevalece sempre que a aplicação da norma estrangeira seja passível de acarretar a violação dos interesses superiores do Estado e/ou da comunidade local. Estando em jogo o risco da referida violação, deverá o julgador recusar a aplicação da norma estrangeira em prol dos interesses superiores do Estado e/ou da comunidade local.

No que ao critério do grau de divergência concerne, tal equivale ao afastamento do direito estrangeiro (não recebimento interno) nas situações em que, entre as disposições aplicáveis desse direito e as correspondentes da lei nacional, ocorra uma divergência essencial, uma incompatibilidade fundamental, sendo impossível a sua conciliação.

O critério da imperatividade, de seu lado, defende que as disposições de natureza imperativa do sistema jurídico local tendem a ser de ordem pública.

Exemplo muito interessante de ofensa à ordem pública internacional do nosso Estado vem descrito no douto Acórdão da Relação de Évora de 5 de fevereiro de 2009 (relatado por **João Marques** e com texto disponível em www.dgsi.pt) - o afastamento de um filho da sucessão testamentária, por meio de testamento.

É hoje entendimento pacífico que o nosso sistema de revisão de sentenças estrangeiras é de natureza eminentemente formal, ou seja, não envolve, em regra, a revisão de mérito. Só quando os nossos interesses superiores são colocados em crise pelo reconhecimento de uma sentença estrangeira, considerando o seu resultado, é que não é possível tolerar a declaração do direito efetuada por um sistema jurídico estrangeiro (cfr., no mesmo sentido, Ac. Rel. Lisboa de 04.06.2009, relatado por **Silva Santos** e com texto disponível em www.dgsi.pt).

A nosso ver, à luz dos ditos critérios e salvo o respeito devido por entendimento diferente ou contrário, parece-nos assente que a sentença arbitral brasileira não ofende nenhum dos mencionados princípios e, por isso mesmo, não é incompatível com a ordem pública internacional portuguesa. Dos elementos existentes nos presentes autos não pode o Tribunal deixar de constatar que a confirmação da sentença arbitral em causa não contraria, manifesta e clamorosamente, a ordem pública internacional portuguesa.

No caso em apreço, a condenação no pagamento de uma indemnização pela parte que incumpriu um negócio sinalagmático, mesmo sendo esse contrato de uma relevância considerável (a venda de uma unidade fabril no Brasil, conforme deflui do conteúdo da sentença arbitral revidenda), prevista em cláusula penal convencionada entre ambos os outorgantes, em nada contende com o ordenamento público internacional do nosso País.

Não está em jogo uma revisão de mérito ou substância da decisão arbitral visada, a qual identifica os três árbitros decisores (que assinaram o “*Termo de Independência*”, declarando a inexistência de impedimento), menciona a legalidade da arbitragem e encerra os dados suficientes para se compreender o alcance e o motivo da condenação. Lido e analisado o seu teor, não se nos afigura que tal decisão entre em colisão, ou possa contender, com a ordem pública internacional portuguesa, por não colocar em cheque os “(...) *princípios fundamentais estruturantes da presença de Portugal no concerto das nações*”, nos termos acima descritos.

É que a denominada *reserva de ordem pública internacional* é de aplicação residual, limitando-se a mesma a situações extremas de incompatibilidade flagrante e insuportável entre o reconhecimento da sentença estrangeira e os princípios fundamentais da ordem jurídica do foro de recebimento.

O tribunal arbitral brasileiro qualificou expressamente a estipulação em apreço como uma “*cláusula penal de natureza penitencial que resulta na pré-fixação da indenização por descumprimento*”, significando tal qualificação – explícita – uma cláusula penal em sentido estrito, com dupla função compulsória e indemnizatória, à semelhança do que se poderia passar se a sentença arbitral fosse proferida no ordenamento jurídico português.

A cláusula foi livremente convencionada por ambas as partes, sem desigualdade económica ou jurídica relevante e com eficácia bilateral, o que equivale a afirmar que qualquer um dos contraentes teria a possibilidade de a invocar em juízo arbitral, o que efetivamente veio a acontecer. A sua incorporação no contrato e faculdade de suscitação em juízo respeitam os princípios do equilíbrio e da proporcionalidade, consequentemente. Não consta, aliás, do processo arbitral que haja sido peticionada, arguida ou determinada oficiosamente a sua redução equitativa, por ser, porventura, manifestamente excessiva, o que, de acordo com o direito brasileiro, poderia ter sucedido (se assim fosse entendido).

Como já se sinalizou, o montante da condenação na sentença arbitral revidenda, fundada na cláusula penal em análise, ronda, sensivelmente, 15 % do valor do contrato incumprido, o que nos surge como equilibrado, tendo em conta que se prende, na função indemnizatória, aos previsíveis danos emergentes e lucros cessantes, sem prejuízo de um agravamento comedido resultante da sua finalidade coercitiva. Note-se que a condenação se alicerçou em atuação (do ora Requerido) que integra um incumprimento essencial do contrato, e não apenas a inobservância de meros deveres acessórios.

Tudo ponderado, à questão de saber se a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá de 10 de dezembro

de 2007 (documentada a fls. 8 a 55) pode ser acolhida no ordenamento jurídico português, conferindo-se-lhe força executiva nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, o Tribunal não deixará de atribuir uma resposta de cariz afirmativo/positivo, já que nenhum dos obstáculos a que alude o artigo V da citada Convenção emerge *in casu*, designadamente, os previstos na alínea *e*) do n.º 1 e na alínea *b*) do n.º 2 deste preceito.

Resta, por fim, a apreciação do pedido de condenação por litigância de má fé, que a Requerente formulou contra o Requerido.

Na realidade, a Requerente solicitou ao Tribunal a mencionada condenação, em multa e indemnização, referindo que o ora Requerido encetou o acionamento da cláusula penal identificada nos autos em seu benefício, adotando uma conduta contraditória e ofensiva do princípio da boa fé, no âmbito do processo arbitral, onde a quis ver aplicada contra a aqui Requerente. Seguiu-se a resposta do Requerido, no sentido de lhe ser lícito opor-se à confirmação da decisão arbitral, tendo em linha de conta que esta alegadamente ofende – na sua ótica – princípios de ordem pública internacional do Estado português.

Vejamos.

De acordo com o preceituado no artigo 542.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave: tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar (alínea *a*)); tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa (alínea *b*)); tiver praticado omissão grave do dever de cooperação (alínea *c*)); ou tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão (alínea *d*)).

Quer o dolo, quer a negligência grave, caracterizam hoje a litigância de má fé, com o intuito – como se podia ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro – de atingir uma maior responsabilização das partes. É que estas têm o dever de pautar a sua atuação processual por regras de conduta conformes com a boa fé, nem sempre o fazendo. A lide diz-se *temerária*, quando essas regras são violadas com culpa grave ou erro grosseiro; e *dolosa*, quando a violação é intencional ou consciente.

Na base da má fé está um requisito essencial: “*a consciência de não ter razão*”, como escreveu **Alberto dos Reis** (em *Código de Processo Civil Anotado*, volume II, pág. 263), com a sua incontestável autoridade. É neste contexto, decerto fruto da degradação dos padrões de atuação processual e do uso dos respetivos instrumentos que, a par do realce dado ao

princípio da cooperação e aos deveres de boa fé e de lealdade processuais, surge a necessidade de ampliar o âmbito de aplicação prática do instituto, assumindo a lei claramente que a negligência grave também é causa de condenação como litigante de má fé (cfr., nesse sentido, **Abrantes Geraldês**, *Temas Judiciários*, volume I, pág. 313).

No caso dos autos, não obstante ter-se demonstrado que foi o Requerido quem desencadeou contra a Requerente o acionamento da cláusula penal identificada na decisão arbitral, em seu benefício, revela-se-nos como insubsistente a posição que foi sufragada com a finalidade de o demandado ser responsabilizado enquanto litigante de má fé.

Com efeito, e desde logo, não será despiciendo referir que, em 3 de outubro de 2012 foi concedido parcial provimento ao recurso sobre a decisão final na ação anulatória, justamente por terem sido rejeitadas as multas aplicadas em decorrência do afastamento do ora Requerido como litigante de má fé.

Depois, porque o Requerido dispunha da faculdade de se opor à confirmação da decisão arbitral, argumentando, entre o mais, que esta pretensamente ofenderia princípios de ordem pública internacional do Estado português. Configura essa atuação o exercício do direito de defesa no âmbito de uma ação judicial, não podendo a Requerente esperar que, ao ter sido citado para os seus termos, o Requerido se quedasse pelo mero silêncio e não alegasse essa (ou outra) linha argumentativa a seu favor – ainda que o Tribunal discorde de tal posição defensiva e a tenha por infundada em concreto.

Em todo o caso, no plano subjetivo, cremos não estar perante uma lide *temerária* por banda do Requerido, com a presença de culpa grave ou erro grosseiro, ou *dolosa*, reveladora de uma violação intencional ou consciente das regras de conduta conformes com a boa fé. Tornamos a frisar: dificilmente se compreenderia uma condenação da parte visada como litigante de má fé quando, na própria ação de anulação da sentença arbitral (causa que improcedeu), tal condenação veio a ser desatendida por via recursória.

Isto posto, o Tribunal entende que inexistem fundamentos de facto e de direito para a pretendida condenação do Requerido por litigância de má fé, ou que um juízo de culpa grave ou dolosa recaia sobre a sua conduta em juízo, ao defender-se tal como o fez.

Destarte, a presente ação procede nos termos inicialmente peticionados.

Relativamente à responsabilidade tributária, as custas judiciais ficam a cargo exclusivo do Requerido, em face da regra geral da causalidade prevista no artigo 527.º, n.ºs 1 e 2, do novo Código de Processo Civil (cfr. artigo 607.º, n.º 6, do mesmo código).

IV. Decisão

Atento o circunstancialismo factual assente e a fundamentação jurídica invocada, o Tribunal julga improcedente a matéria deduzida em sede de contestação (por referência ao disposto no artigo V, n.º 1, al. e), e n.º 2, al. b), da Convenção de Nova Iorque) e totalmente procedente esta ação, por provada; e, em consequência, **confirma** a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá de 10 de dezembro de 2007 (cfr. documento de fls. 8 a 55), conferindo-lhe força executiva nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958.

Mais decide absolver o Requerido **BB** do pedido de condenação deduzido por litigância de má fé, por ausência de fundamentos legal e factual.

As custas judiciais ficam a cargo do Requerido, na sua totalidade, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 527.º, n.ºs 1 e 2, do novo Código de Processo Civil.

Registe e notifique.

Lisboa, 21.07.2017 (processado por meios informáticos e revisto pelo signatário),