

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**A ARBITRAGEM TRANSNACIONAL E A AUTONOMIA DAS PARTES NOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS**

**Estudante:** Henrique Carvalho Dias Nave

**Orientador:** Professor Doutor Tiago Soares da Fonseca

Mestrado em Direito e Prática Jurídica – especialidade em Direito Comercial Internacional

**Lisboa**

**2024**



**A ARBITRAGEM TRANSNACIONAL E A AUTONOMIA DAS PARTES NOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Dissertação de Mestrado submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Prática Jurídica na especialidade em Direito Comercial Internacional (Despacho n.º 6480/2016, de 17 de maio).

**Lisboa**

**2024**

## **Agradecimentos**

Em primeiro lugar, preciso agradecer ao meu orientador Tiago Soares da Fonseca, que aceitou me guiar neste percurso que chamo de sonho. Não é difícil conceber que mudar de país e iniciar uma jornada em Portugal seja um trabalho árduo, e meu orientador serviu-me como um farol em momentos marcados por incertezas. Ainda, devo mencionar a professora Elsa Dias Oliveira, a quem me lecionou as cadeiras de Contratos Internacionais e Arbitragem e Mediação. A ela quem devo os ensinamentos da matéria bem como meu interesse no presente tema. Ainda, agradeço a minha equipa do Bnp Paribas, que me estendeu a mão quando mais precisei, para seguir meu sonho em me destacar pelos meus conhecimentos na área jurídica. Por fim, um agradecimento muito especial à minha família, cujo apoio inabalável e incentivo garantiu a conclusão deste projeto.

## Índice

<b>Introdução</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1. Contratos Internacionais e a Autonomia das Partes</b>	<b>16</b>
<b>Capítulo 2. A arbitragem Transnacional e Autonomia das Partes em Contratos Internacionais</b>	<b>24</b>
<b>Capítulo 3. Cláusulas Típicas dos Contratos Internacionais como Concretização da Vontade das Partes</b>	<b>35</b>
3.1 Incoterms	36
3.2 A Cláusula de Força e a Cláusula <i>Hardship</i>	43
3.3 Cláusula de Mitigação da indenização	47
3.4 Cláusulas Penais	49
3.5 Lei aplicável ao mérito da causa	56
3.6 Normas Processuais	58
3.7 A Convenção de Arbitragem	59
<b>Capítulo 4. Desafios após decisões de arbitragem transnacional</b>	<b>73</b>
<b>Capítulo 5. A ordem pública internacional</b>	<b>78</b>
<b>Conclusão</b>	<b>85</b>
<b>Referências</b>	<b>87</b>
<b>Referências Jurisprudenciais</b>	<b>94</b>

## **Índice de abreviaturas**

**Incoterms** - *International Commercial Terms*

**LAV** - Lei da Arbitragem Voluntária

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

**UNCITRAL** - *United Nations Commission on International Trade Law*

**UNIDROIT** - *International Institute for the Unification of Private Law*

## **Resumo**

Em um contexto globalizado, a arbitragem transnacional se destaca como princípio central nos contratos internacionais. A confiança dos operadores do comércio transnacional na capacidade da arbitragem em adaptar-se às necessidades específicas das partes e à sua independência dos tribunais permite que estas ajustem os contratos para refletir realidades e expectativas específicas. Riscos são dessa maneira mitigados e a previsibilidade impera. A dissertação pretende ainda destacar as cláusulas típicas mais frequentemente utilizadas no âmbito transnacional, como a escolha do direito aplicável, jurisdição, força maior, entre outras. Certas cláusulas hoje são consideradas imprescindíveis e seu estudo é extremamente relevante. Inclusive, a presente dissertação serviu como um estudo aprofundado de tudo aquilo que um jurista deve saber quando em contato com um contrato internacional, seja a autonomia das partes para redigir suas cláusulas, com a autonomia dessas próprias cláusulas ao contrato. Ato contínuo, o estudo aponta para uma única certeza, qual seja, até na arbitragem a vontade das partes tem limites. Pesquisa empírica recente revelou que a ordem pública internacional é um dos maiores obstáculos à autonomia das partes, com implicações práticas significativas que exigem considerar a perspectiva global ao redigir contratos internacionais, especialmente em relação aos critérios da Convenção de Nova Iorque. Ou seja, a ordem pública internacional filtra tudo aquilo que é considerado manifestamente incompatível com os ordenamentos jurídicos.

**Palavras-chave:** arbitragem transnacional, contratos internacionais, globalização, autonomia da vontade, cláusulas típicas, ordem pública internacional.

## **Abstract**

In a globalized context, transnational arbitration stands out as a central principle in international contracts. The confidence of transnational trade operators in the ability of arbitration to adapt to the specific needs of the parties and its independence from the courts allows them to adjust contracts to reflect specific realities and expectations. Risks are thus mitigated and predictability prevails. The dissertation also aims to highlight the typical clauses most frequently used in the transnational context, such as the choice of applicable law, jurisdiction, force majeure, among others. Certain clauses are now considered essential and their study is extremely relevant. In fact, this dissertation served as an in-depth study of everything a lawyer should know when dealing with an international contract, whether it is the autonomy of the parties to draft their clauses or the autonomy of these clauses themselves in the contract. The study then points to a single certainty, namely that even in arbitration the will of the parties has limits. Recent empirical research has revealed that international public order is one of the greatest obstacles to party autonomy, with significant practical implications that require considering the global perspective when drafting international contracts, especially in relation to the criteria of the New York Convention. In other words, international public order filters out everything that is considered manifestly incompatible with legal systems.

**Key-words:** transnational arbitration, international contracts, globalization, autonomy of will, standard clauses, international public order.

## Introdução

A autonomia das partes é o alicerce na elaboração de contratos internacionais bem-sucedidos, na medida em que, intrínseca, viabiliza que as partes negociem as condições do contrato internacional ao proporcionar previsibilidade às peculiaridades dos pactos que apresentam imperiosamente contatos relevantes com dois ou mais ordenamentos jurídicos<sup>1</sup>. Realisticamente, a arbitragem transnacional é frequentemente escolhida como mecanismo de resolução destes tipos de disputas ao historicamente proclamar-se autônoma em relação a outros tribunais jurídicos nacionais e internacionais<sup>2</sup>. Entretanto, traduz-se na liberdade individual reconhecida não por um efeito jurídico constitutivo, mas por força da declaração de um determinado legislador, revestida de interesse político, ao positivizar o sistema de arbitragem<sup>3</sup>.

Sua natureza adaptável é um atrativo que permite às partes personalizar a resolução de conflitos. Ainda, a flexibilidade da arbitragem permite diminuir o escopo de limites que os sistemas jurídicos locais podem impor à resolução de eventual disputa. Ou seja, embora amplamente aceita, não se pode perder de vista que a arbitragem transnacional em Portugal e no mundo não existe sem fundamentação legal robusta que lhe confere legitimidade, a qual será abordada nesta dissertação.

Negociações dinâmicas e eficientes são resultado da flexibilidade dos termos do contrato, na medida em que este poderá traduzir as realidades e expectativas do caso concreto. Neste âmbito dos contratos internacionais, as partes podem dispor de cláusulas para moldar, de acordo com os seus interesses e necessidades, como a relação comercial será conduzida, bem como a maneira em que a resolução de uma eventual disputa deverá acontecer. Isso porque a obrigatoriedade dos contratos é um princípio central no direito e permite que cada parte crie uma legítima expectativa de que a outra irá honrar com as suas responsabilidades<sup>4</sup>. Assim sendo, essas cláusulas orientam as ações das partes e garantem fluidez à execução do acordo, bem como mitigam os riscos processuais.

---

<sup>1</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.

<sup>2</sup> Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 17, Issue 1, pp. 59–72). Oxford University Press.

<sup>3</sup> Pires, C., & Pereira Dias, R. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (pp. 237). Coimbra: Almedina.

<sup>4</sup> Fontaine, M. (2018). Capítulo 1: The evolution of the rules on hardship. In F. Bortolotti & D. U. Ufot (Eds.), *ICC Dossier No. 17: Hardship and force majeure in international commercial contracts: Dealing with unforeseen events in a changing world* (Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 17, pp. 35). Kluwer Law International & International Chamber of Commerce (ICC).

Existem diversas cláusulas típicas que são utilizadas com frequência no contexto internacional e merecem especial atenção quando múltiplas jurisdições se conectam. A globalização difundiu a utilização dos contratos internacionais, revelando a necessidade prática do estudo das cláusulas típicas contratuais e sua eficácia no ordenamento jurídico. Segundo Luís de Lima Pinheiro, as cláusulas contratuais mais frequentes e relevantes no âmbito dos contratos internacionais são a cláusula de escolha do direito aplicável ao mérito, jurisdição, à convenção, força maior, *hardship*, execução duradoura e cláusula penal<sup>5</sup>. Compreender as particularidades destas cláusulas permite antecipar possíveis desafios e estruturar adequadamente os termos do contrato em um contexto que envolve diferentes sistemas normativos.

Aparentemente, as partes podem eleger quaisquer regras que entendam pertinentes, como o número de árbitros e suas especialidades, a forma que a audiência ocorre, e até a sua necessidade ser afastada. Ou seja, têm a liberdade de determinar o procedimento ideal para a disputa, além de escolher os árbitros que melhor atendam a complexidade do caso. Paralelamente, as partes podem delimitar quais princípios os árbitros devem dar ênfase, que muitas vezes vão além do que as normas nacionais comportam.

Princípios universais como a equidade ou a Lex Mercatoria também facilitam a resolução de disputas em um contexto globalizado, na medida em que valores compartilhados prevalecem sobre especificidades locais. A vantagem de alguns destes princípios, correspondidos como a Lex Mercatoria, é que são comumente aceitos pelo comércio transnacional e auxiliam na resolução de conflitos. O princípio da equidade também é uma forma de as partes de resolverem a disputa amigavelmente porque fomenta a continuidade da relação comercial ao promover soluções menos rígidas ou, em outras palavras, conciliatórias<sup>6</sup>.

As partes podem descrever no acordo de arbitragem todas as suas escolhas processuais, como se a sentença deve ser escrita, o método de seleção dos árbitros, os prazos da audiência, a lei aplicável e as regras da arbitragem<sup>7</sup>. Escolher a legislação que vai reger o mérito da disputa garante segurança jurídica e evita múltiplas interpretações quando o caso envolve arbitragem transnacional, bem como pode garantir que a regra mais apropriada para o caso concreto seja selecionada. A arbitragem transnacional desempenha

---

<sup>5</sup> Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de direito comercial internacional* (Vol. 1). Coimbra: Almedina.

<sup>6</sup> Livingstone, M. L. (2008). Party autonomy in international commercial arbitration: Popular fallacy or proven fact? *Journal of International Arbitration*, 25(5), 530-533. Kluwer Law International.

<sup>7</sup> Born, G. B. (2009). Keynote address: Arbitration and the freedom to associate. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 38, 7-16.

um papel crucial no contexto das relações contratuais internacionais, aliando-se a outras cláusulas essenciais para proporcionar uma abordagem muito eficaz e adaptável às peculiaridades desses acordos.

A ampla aceitação da convenção de Nova Iorque e a lei modelo possibilitaram o status que a arbitragem transnacional alcançou agora. O artigo V(1)(b) da Convenção de Nova Iorque e 39 da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) demonstram como a liberdade das partes é relativa a certas matérias que não se derrogam. Essas limitações garantem que interesses públicos fundamentais sejam protegidos, sem enfraquecer ainda a arbitragem. Nesse sentido, não só o contrato deve ser redigido respeitando tais princípios basilares, como o árbitro tem a responsabilidade de tomar decisões que são reconhecidas e exequíveis na maior parte dos países do mundo <sup>5</sup>.

Ora a força declarativa do legislador que positiva a arbitragem vem acompanhada de limitações perfeitamente justas, tendo em vista a autonomia atribuída nesta matéria, seja a nível nacional ou internacional, e ainda garante que tal fiscalização judicial geralmente não tem qualquer hostilidade frente à autonomia privada<sup>8</sup>. É razoável o entendimento que a arbitragem não deve se sobrepor aos valores essenciais de cada ordenamento jurídico.

O caráter célere da arbitragem aliado a sua autonomia, faz com que esta seja uma valorizada ferramenta nas complexas disputas comerciais. A própria sentença arbitral estrangeira tem mais facilidade em ser reconhecida do que sentenças judiciais e, no tocante ao processo, também se mostra mais favorável devido à flexibilidade e característica autônoma, traduzindo enfim na adaptabilidade do processo ao caso concreto<sup>5</sup>.

Bermann (2017) afirma que o árbitro não está vinculado a sistema conflitual de um determinado estado<sup>9</sup>. Ao mesmo tempo, Paulsson (2013) sustenta que isso evidencia o antagonismo em relação às autoridades públicas, porquanto a cooperação jurídica com elas é o maior objetivo da arbitragem, afinal, a autorregulação da arbitragem não é exclusivamente absoluta<sup>5</sup>. De fato, o alto grau de autoridade da arbitragem transnacional não impede o dever dos árbitros em operar dentro dos limites da justiça e do interesse público.

A hipossuficiência do consumidor e do trabalhador é outro alicerce que limita a vontade das partes na maioria das jurisdições e contribui para um ambiente de mais justo e equilibrado, já que nestes tipos de relações existe uma evidente disparidade a nível

---

<sup>8</sup> Pires, C., & Pereira Dias, R. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (p. 237). Coimbra: Almedina.

<sup>9</sup> Bermann, G. A. (2017). *International arbitration and private law* (p. 136). Leiden: Martinus Nijhoff.

econômico e informacional entre as partes<sup>5</sup>. A maior parte dos contratos de adesão firmados entre companhias aéreas e consumidores no Brasil, por exemplo, apresenta cláusulas de arbitragem compulsória, mesmo após firmado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça deste país que desobriga o consumidor a este tipo de acordo<sup>10</sup>.

Existem conteúdos como impostos, direito penal, direito da família e segurança nacional que não podem ser submetidos à arbitragem e, portanto, limitam a vontade das partes já que existe uma priorização do interesse público como valor fundamental. As áreas acima mencionadas restringem a arbitragem devido a uma certa necessidade em balancear a autonomia privada como direitos essenciais da sociedade.

Apesar do termo “arbitragem internacional” ser uma a terminologia considerada como mais convencional, a expressão “arbitragem transnacional” possibilita uma clara distinção em relação à arbitragem de Direito Público, a qual não será abordada no presente trabalho<sup>11</sup>. Pinheiro (2012) explica que a arbitragem é considerada transnacional a partir do momento em que o litígio começa a envolver uma relação transnacional, ou seja, tem-se uma relação que apresenta um problema na determinação do direito aplicável, e que, assim, será resolvido pelo direito internacional privado<sup>12</sup>. Este será, pois, o entendimento utilizado na presente dissertação. Mais do que mera questão de escolha do foro, a arbitragem transnacional envolve profunda análise dos contextos nacionais e internacionais, ou seja, exige uma abordagem multidisciplinar para compreender suas implicações.

A arbitragem, assim sendo, pode ser considerada transnacional mesmo que a relação em questão seja interna a um determinado Estado, desde que a relação em disputa tenha um contato juridicamente relevante com outro país, ou, ainda, se a arbitragem for realizada em uma jurisdição estrangeira<sup>12</sup>. A eficácia de tal reivindicação de autoridade depende do quanto os Estados estão dispostos a reconhecê-la<sup>13</sup>. Na medida em que durante um extenso período foi circunscrita exclusivamente ao poder estatal, que, em alguns momentos da história não admitiu à iniciativa privada a possibilidade de dispor sobre a

---

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça (STJ). (2016). REsp 1.469.087-AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 18 de agosto de 2016, DJe de 17 de novembro de 2016.

<sup>11</sup> Pinheiro, L. L. (2012). Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (5), 1, 122.

<sup>12</sup> Pinheiro, L. L. (2005). Arbitragem transnacional - A determinação do estatuto da arbitragem (p. 28).

<sup>13</sup> Carrera, I. (2018). Nota ao artigo “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no Direito interno português”. In J. B. Lee & F. F. Mange (Eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem* (Vol. XV, Issue 59, pp. 197–201). Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & Kluwer Law International.

autoridade jurídica<sup>14</sup> e competência dos tribunais,<sup>15</sup> apegando-se no discurso de contrariedade à ordem pública internacional.<sup>16</sup>

Vê-se, portanto, um equilíbrio entre as necessidades do comércio internacional e a soberania do estado, bem como o desafio de harmonizar normas em diferentes jurisdições. Ou seja, a arbitragem já foi considerada contrária à ordem pública. Ainda que a análise objetiva da história da arbitragem transnacional em Portugal seja necessária para compreendê-la, a verdade é que, hoje, esse autogoverno é indiscutível e relevante no estudo dos contratos internacionais sob a ótica do direito comercial internacional privado. Houve assim uma evolução histórica que fez com que a arbitragem transnacional passasse de prática marginal para pilar essencial.

É seguro alegar que a arbitragem transnacional é tipicamente associada a um procedimento sigiloso e de maior rapidez, o que justifica a atração do comércio internacional por esse mecanismo. Embora com muita frequência essa confidencialidade seja vista como benéfica no âmbito das relações entre as partes, vale ao menos apontar que existe um debate sobre os limites da transparência e, alinhado ao que já foi dito, o impacto em questões de interesse público. Comparadas aos tribunais nacionais, a liberdade para escolher os árbitros e a flexibilidade do procedimento arbitral também se destacam<sup>17</sup>.

A LAV afirma de maneira clara em seu artigo 52 que o direito processual civil português não é aplicável à arbitragem, seja ela interna ou internacional<sup>18</sup>. Isto posto, o direito Português também defende que a autonomia das partes em contratos internacionais é um direito que lhes permite estabelecer suas próprias regras, escolher a lei aplicável, o foro competente, e cláusulas típicas que previnem situações recorrentes no comércio internacional<sup>19</sup>. Reflexo da crescente globalização dos mercados, o surgimento de formas alternativas de resolução de disputas que sejam rápidas e eficazes se tornou um contraponto aos sistemas judiciais tradicionais.

---

<sup>14</sup> Vaz Pinto, F. (2020). Capítulo 2: A Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária: História e visão geral. In A. P. da Fonseca, D. M. L. de Moura Vicente, et al. (Eds.), *Arbitragem internacional em Portugal* (p. 18). Kluwer Law International.

<sup>15</sup> Heilman, R. J. (1929). Arbitration agreements and the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 38(5), 617–649.

<sup>16</sup> Bermann, G. A. (2020). The self-styled 'autonomy' of international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 36, Issue 2, p. 222). Oxford University Press.

<sup>17</sup> Vicente, D. M. (2018). El arbitraje en las relaciones luso-españolas: La jurisprudencia portuguesa reciente. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3), 738.

<sup>18</sup> Fouchard, C., & Vaz Pinto, F. (2013). La nouvelle loi portugaise sur l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, 2013(2), 367.

<sup>19</sup> Vicente, D. M. (2023). National report for Portugal (2018 through 2023). In L. Bosman (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (Suplemento No. 125, fevereiro de 2023, p. 12). Kluwer Law International; ICCA.

Porquanto permitem a resolução célere e previsível de eventuais disputas, proporcionam às partes a confiança necessária para conduzir suas atividades comerciais em um cenário globalizado. A certeza que se levanta é que, independentemente de sua nacionalidade, a solução à disputa comercial será justa e também imparcial. Partindo do princípio de que as partes escolhem um foro arbitral em detrimento a um tribunal estadual, verificamos a mais clara manifestação da autonomia da vontade no âmbito do compromisso arbitral.

Assim, o litígio que será solucionado pela convenção arbitral será atual ou potencial e será sua solução delegado a terceiros; como um negócio jurídico, embora com peculiaridades próprias, a convenção de arbitragem está sujeita às regras que regulam os negócios jurídicos<sup>20</sup>. Princípio subjacente à convenção de arbitragem, é expressa quando as partes concordam que um determinado litígio será resolvido por um tribunal arbitral<sup>21</sup>.

A relação entre esses conceitos é estreita, já que a escolha da arbitragem transnacional permite que as partes exerçam sua autonomia em relação à resolução de conflitos. Este princípio reforça-se diante do fato que a arbitragem transnacional se tornou um símbolo de interdependência global e respeito às diferentes legislações. Entretanto, tanto as partes como os árbitros devem estar cientes que tal autonomia, embora considerável, não é limitada.

As partes, assim, devem ter a garantia de que a decisão poderá ser cumprida em um país estrangeiro, o que demanda estratégia. Uma visão geopolítica se impõe quando tratamos da arbitragem transnacional e as partes devem pensar além de suas próprias jurisdições, mas também como será a maneira como os tribunais nacionais interagem com o direito arbitral. Caso decidam não seguir as normas e princípios que garantem o reconhecimento e a exequibilidade das sentenças arbitrais, isso pode ser problemático. Ignorar essas normas pode resultar em uma sentença sem efeito prático, qualificando a arbitragem como esforço inútil e dispendoso.

Na elaboração de contratos, múltiplos aspectos precisam ser considerados. Embora a manifestação da vontade das partes seja o núcleo central do acordo, é imperativo reconhecer as regras imperativas que não podem ser derogadas, tendo em vista a possibilidade subsequente de recorrer a um tribunal arbitral e até de executar essa decisão

---

<sup>20</sup> Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (p. 86). Coimbra: Almedina.

<sup>21</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 35). Coimbra: Almedina.

arbitral em uma jurisdição estrangeira<sup>22</sup>. Este ponto é crucial, já que na prática as partes deparam-se com a realidade de que as sentenças arbitrais dependem de reconhecimento em diversas jurisdições, o que impõe um nível de limitação natural.

Vicente<sup>19</sup> afirma que o maior entrave ao reconhecimento de sentenças arbitrais em Portugal está relacionado com resistências decorrentes da diversidade de soluções nos sistemas jurídicos, levando, em alguns casos, à invocação da reserva de ordem pública internacional. Complementarmente, Lando<sup>23</sup> defende que a autonomia das partes deve ser limitada quando a escolha da lei viole uma forte ordem pública internacional da lei aplicável ou não esteja alinhada com os interesses do comércio internacional.

Em junho de 2022, o *Journal of International Arbitration*<sup>24</sup> trouxe à tona uma pesquisa empírica inédita baseada na arbitragem comercial, a qual analisou 504 ações de anulação de sentença e 553 ações de reconhecimento e execução, provenientes de 74 jurisdições diferentes. Os dados eram provenientes do banco de dados de decisões nacionais sobre o reconhecimento, execução e anulação de sentenças arbitrais comerciais internacionais da *Kluwer Arbitration*. A pesquisa apontou que a ordem pública internacional é a questão argumentativa mais recorrente levantada pelas partes, na medida em que foi levantada em 44% dos processos de reconhecimento e execução e em 38% dos processos de anulação. Apesar das taxas de sucesso serem de 19% e 21% respectivamente, essa constatação empírica conclui que esta é um dos maiores limites práticos à autonomia das partes na arbitragem transnacional e, conseqüentemente, a necessidade de abordar este tema específico.

Um exemplo claro dessa situação ocorreu em Portugal, quando o STJ decidiu não reconhecer uma sentença arbitral estrangeira, com a justificativa de que a cláusula penal nela estipulada, cujo valor equivalia a 4,5 milhões de euros, por ter uma das partes, um advogado português, violado cláusula de não concorrência.<sup>25</sup> Portanto a decisão arbitral violava a ordem pública internacional portuguesa, mais nomeadamente a boa-fé, a

---

<sup>22</sup> Cirlig, R. E. (2019). Party autonomy in determining the law applicable in international commercial arbitration and its limits derived from the New York Convention. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2019(34), 47. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

<sup>23</sup> Lando, O. (1978). *Contracts*. In *International Encyclopaedia of Comparative Law* (p. 183).

<sup>24</sup> *Journal of International Arbitration*. (2022). Issue 3, Volume 39 (p. 299), Recuperado de: [arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/13/empirical-analysis-of-national-court-judgements-in-commercial-arbitration-what-do-the-data-tell-us/](https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/13/empirical-analysis-of-national-court-judgements-in-commercial-arbitration-what-do-the-data-tell-us/)

<sup>25</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2017). Proc. 103/13.1YRLSB.S1, Rel. Alexandre Reis, julgado em 14 de março de 2017.

proporcionalidade e a liberdade de escolha profissional.<sup>26</sup> O direito ao contraditório, boa-fé, proporcionalidade e a igualdade entre os envolvidos são exemplos essenciais que asseguram a validação de decisões arbitrárias.

Vale ressaltar, inclusive, que este caso emblemático serviu de inspiração para a elaboração do presente trabalho, ou seja, demonstra que as partes, ao redigir seus acordos, devem ter em conta a perspectiva global de que eventualmente terão que valer-se do sistema jurídico de outros países para executarem a sentença arbitral. O presente trabalho abordará tal autonomia, compreendendo sua amplitude e os limites que podem ser impostos. Nesse sentido, a análise das cláusulas típicas dos contratos internacionais merece atenção uma vez já evidenciada a sua importância. Entretanto, o trabalho tem o objetivo de, além de identificá-las, compreender as particularidades que as tornam fundamentais na arbitragem transnacional.

Isso porque a autonomia das partes tem limites, como a legalidade de certos tipos de cláusulas contratuais e a aplicação de normas públicas obrigatórias que se respaldam na consagrada Convenção de Nova Iorque que, por meio de seus critérios rigorosos para o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais, indiretamente estabelece limites à autonomia das partes, desde a formação do contrato até às resoluções de disputas.

---

<sup>26</sup> Júdice, José Miguel. (2017). AA, S.L.P and AA & Associados, R.L. v. BB, Supreme Court of Justice of Portugal, 103/13.1YRLSB.S1, 14 March 2017. *A contribution by the ITA Board of Reporters. Kluwer Law International.* (p. 1).

## Capítulo 1. Contratos Internacionais e a Autonomia das Partes

Têm sido sugeridos critérios jurídicos diversos à internacionalidade dos contratos. Já foi dito que os contratos internacionais são aqueles que apresentam contatos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico, isto é, que necessitam a determinação da lei aplicável, como os que estão submetidos à aplicação de lei estrangeira<sup>12</sup>. Esse entendimento, baseado em elementos objetivos de conexão, se mostra fundamental para o funcionamento do direito internacional privado uma vez que soluções que transcendem fronteiras emergem da diversidade das relações comerciais.

Encontra-se ainda outros critérios como os subjetivos, que respeitam às situações de elementos de conexão pessoais plurilocalizados, como é o caso da residência habitual, da nacionalidade, do domicílio ou da sede, nos casos das sociedades<sup>27,28</sup>. A diversidade de origens globalizaram o contrato e tornou-se comum que as partes envolvidas estejam vinculadas a diferentes jurisdições.

Também uma outra possibilidade se prende aos critérios objetivos. Há quem diga que o contrato é internacional quando tem essencialmente elementos como o lugar da celebração, o lugar da execução, o lugar da situação da coisa, que são objetos do contrato<sup>29</sup>. Esse critério é interessante quando se entende que a execução de obrigações pode envolver múltiplos países. Em suma, podemos encontrar critérios variados, por isso, a própria denominação do que sejam contratos internacionais é uma questão que se levanta logo no início. Pode referir-se ao tema afirmando que estão em causa interesses do comércio internacional quando está-se perante contratos plurilocalizados, por exemplo, que as partes estejam localizadas em países diferentes, ou que tenham execução do contrato em países diferentes<sup>30</sup>.

Vamos encontrar também autores como Dário Moura Vicente que diz que as partes poderão ter residência habitual exatamente no mesmo país e ainda assim estar em jogo interesses do comércio internacional<sup>31</sup>. Esta visão sem dúvidas é extremamente contemporânea, já que de fato a internacionalidade do contrato não depende

<sup>27</sup> Magalhães Collaço, I. (1954). *Da compra e venda em direito internacional privado: Aspectos fundamentais* (Vol. I, p. 79). Lisboa.

<sup>28</sup> Morozowski, T. W. (2013). *Contratos internacionais “chave na mão”* (Dissertação, p. 33). Universidade de Lisboa. Recuperado de: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/11447/1/ulfd127258\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/11447/1/ulfd127258_tese.pdf)

<sup>29</sup> Pinheiro, L. L. (2005). *Direito comercial internacional: Contratos comerciais internacionais. Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, arbitragem transnacional* (p. 15). Coimbra: Almedina.

<sup>30</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 210). Coimbra: Almedina.

<sup>31</sup> Vicente, D. M. (2012). A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, V, 39. Coimbra: Almedina.

exclusivamente das partes envolvidas, mas sim dos fluxos de bens e serviços que ele gera. É uma perspectiva fundamentada na ideia de que o objeto do contrato pode fazer parte de uma cadeia mais ampla que, ao final, será considerada internacional mesmo que as partes envolvidas estejam no mesmo país<sup>32</sup>.

Isso significa que, futuramente, o objeto do contrato em questão tornar-se-á parte do comércio internacional e isso já é suficiente para caracterizá-lo como parte dos interesses do comércio internacional. Realisticamente, essa visão ampliada do conceito de contratos internacionais é alinhada à vasta circulação de produtos e serviços no mercado global, apesar de ser menos palpável. Nesse raciocínio, em contrato de compra e venda de uma matéria-prima na qual as duas partes residem em Portugal, a natureza da transação se torna internacional caso essa matéria-prima seja posteriormente vendida para tornar-se um produto industrializado em um país terceiro.

O cenário acima descrito já representa para alguns um verdadeiro exemplo de comércio internacional e de fato suscita discussão na doutrina porque a questão não é líquida. As concepções tradicionais de contratos internacionais talvez não mais se adaptam às relações globais contemporâneas. O fato é que o contrato é a manifestação extrínseca e concreta de uma relação econômica de caráter internacional, na medida em que dele são delimitados os componentes econômicos inerentes a tal objetivo almejado, de acordo com a vontade das partes envolvidas<sup>33</sup>. O estudo das normas que regem a escolha da lei aplicável, mas nomeadamente a escolha do foro e a jurisdição competente é essencial quando diversas jurisdições são envolvidas.

A esse respeito, os princípios da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos comerciais, no seu artigo 1, número 1, indicam que um contrato é Internacional a não ser que cada parte tenha o seu estabelecimento no mesmo Estado e a relação das partes é e todos os outros elementos relevantes, independentemente da escolha de lei, estão conectados com um único Estado<sup>34</sup>. Esta definição aponta que a questão do que seja

---

<sup>32</sup> Vicente, D. M. (1990). Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa (p.38).

<sup>33</sup> Litina, E. (2020). Capítulo 1: Theoretical background. In *Theory, law and practice of maritime arbitration: The case of international contracts for the carriage of goods by sea* (International Arbitration Law Library, Vol. 60, p. 42). Kluwer Law International.

<sup>34</sup> Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. (2019). *Princípios relativos à escolha de lei aplicável aos contratos comerciais internacionais: Artigo 1º*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf>. Os presentes Princípios aplicam-se à escolha de lei aplicável aos contratos internacionais em que cada parte atua no exercício da sua atividade comercial ou profissional. Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos celebrados por consumidores. 2. Para efeito dos presentes Princípios, um contrato tem natureza internacional, exceto se cada uma das partes tiver um estabelecimento no mesmo Estado e a relação entre as partes e todos os outros elementos pertinentes, independentemente da lei escolhida, apresentarem unicamente conexão com esse Estado.

contratos internacionais não é líquida. Essa flexibilidade de conceituação permite realmente uma análise multifacetada.

Em suma, Magalhães Collaço (1954) define contratos transnacionais como aqueles que transcendem as fronteiras de um único Estado, envolvendo interesses localizados no estrangeiro e levantando questões específicas de regulação jurídica. Num contexto transfronteiriço marcado pela interconexão global, prevalece a necessidade de uma abordagem mais ampla para definir e disciplinar esses contratos. Ora, de fato em um contexto transfronteiriço, caracterizado por uma interligação global, o conceito mais amplo deve imperar. As novas abordagens jurídicas buscam estabelecer um quadro normativo que é necessário para o comércio internacional, mas não pode deixar de promover segurança jurídica.

O contrato mais comum no comércio internacional é a venda internacional, ou seja, a troca de mercadorias por um preço específico e o seu consequente transporte para outro país. Henrique (2014) enfatiza que o contrato de compra e venda internacional de mercadorias é considerado o mecanismo mais eficiente para os processos de importação e exportação e sua relevância se traduz no fato de que é amplamente utilizado pelos operadores econômicos, pois viabiliza a circulação de bens. Neste contexto, a adaptação das normas jurídicas aos novos modelos de negócios é um desafio, entretanto deve-se avaliar que novas oportunidades também emergem.

Uma questão levantada com grande frequência é qual lei vai regular esse transporte de bens entre jurisdições. A maioria dos contratos internacionais inclui uma cláusula compromissória, ou seja, qualquer litígio resultante de um contrato determinado pelas partes será apreciado por tribunal arbitral, confirmando a necessidade do estudo da arbitragem no presente trabalho. Neste sentido, impera-se a noção de que se deve buscar por resoluções de conflitos menos suscetíveis às limitações dos tribunais nacionais.

Alternadamente, as partes podem incluir no contrato uma cláusula de eleição do foro, determinando desta maneira que qualquer litígio resultante será apreciado pelo tribunal estadual de um determinado Estado. Essa cláusula é um grande exemplo da concretização da vontade das partes em estabelecer previsões claras sobre a resolução de eventuais litígios, pois antecipa possíveis disputas.

Existe ainda a hipótese de as partes não incluírem nada no contrato, ou seja, não mencionarem nada em relação à escolha da arbitragem ou foro competente. Nesses casos, é necessário aplicar as regras de competência internacional para determinar qual o tribunal internacionalmente competente e, geralmente, nesses casos, o tribunal internacionalmente

competente será um tribunal estadual.

Vale ressaltar que os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais na determinação da lei aplicável ao contrato possuem diferentes normas de designação de lei aplicável, conhecidas como normas de conflitos. A multiplicidade de abordagens jurídicas mostra uma clara diferença entre os mecanismos estatais e arbitrários. Uma análise dos instrumentos normativos aplicáveis é relevante neste sentido, porquanto permite garantir um contrato regido de maneira apropriada para as circunstâncias do caso concreto.

Se o tribunal competente for, por exemplo, um tribunal português, aplica-se o regulamento Roma I, que tem regras de conflitos que vão dizer que as partes podem escolher a lei que vai regular a situação. Esse regulamento unifica normas aplicáveis aos contratos internacionais no âmbito da União Europeia. Se não houver escolha de lei, em princípio, nos termos da alínea *a*, número 1, do artigo 4 da LAV, é aplicada a lei da residência habitual do vendedor ao contrato de compra e venda<sup>35</sup>. Ainda, a determinação da lei aplicável pode ser um ponto de disputa, quando os elementos do contrato não estão assim tão claros, e fica difícil entender qual o sistema jurídico que vincula a relação.

As normas de conflitos são específicas e determinam a aplicação de uma lei estadual, ou seja, a lei escolhida deve ser a lei vigente no sistema jurídico estadual correspondente. Entretanto, no contexto da arbitragem, as partes podem escolher para regular o contrato regras que não são estaduais, como usos, práticas do comércio, ou seja, regras que não sejam vinculativas, designadamente a *Lex Mercatoria*. Esse conjunto de normas não estatais evidencia uma evolução significativa na forma em que o direito comercial internacional tem sido estruturado.

A *Lex Mercatoria* é composta pelos usos e as práticas do comércio internacional, muitas delas foram inclusive depois compiladas pela Câmara de Comércio Internacional. Nesse sentido, o artigo 21.2 da *ICC Arbitration Rules*, define justamente o dever do árbitro de considerar não somente as cláusulas do contrato, como práticas comerciais pertinentes<sup>36</sup>. Segundo Sornarajah (2000), o conceito é construído com base em múltiplos princípios universais extraídos de diferentes sistemas de direito comercial, visando fomentar o comércio internacional. Este sistema foi desenvolvido por um grupo de acadêmicos, muitos dos quais participaram em painéis arbitrais, expressando essas ideias em decisões

---

<sup>35</sup> Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. (2019). *Princípios relativos à escolha de lei aplicável aos contratos comerciais internacionais: Artigo 4º - Lei aplicável na falta de escolha*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf>

<sup>36</sup> International Chamber of Commerce. (2021). *ICC Arbitration Rules*. Recuperado de: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-21>

sob a égide de câmaras de comércio. A seleção das normas que compõem a *Lex Mercatoria* é frequentemente subjetiva, com divergências entre os acadêmicos em relação a regras específicas. A aceitação dessas normas depende da sua relevância para a harmonização do direito em áreas do comércio internacional, onde o interesse mútuo favorece o desenvolvimento de princípios legais uniformes. Além disso, o envolvimento dos Estados na harmonização dessas normas, baseadas em práticas consolidadas entre os comerciantes, demonstra a aceitação desse processo em determinadas áreas comerciais.

Normas supranacionais são portanto criadas para favorecer uma integração mais eficiente dos mercados globais, e a participação de especialistas tem sido crucial neste ponto, pois sem dúvida houve um refinamento e consolidação da *Lex mercatoria*

Alguns autores entendem que *Lex Mercatoria* é uma legislação transnacional autêntica de origem privada que oferece maior previsibilidade aos litígios, devendo ser aplicada em detrimento às legislações nacionais, enquanto outros defendem que esta jamais será um sistema jurídico, concluído que somente o direito dos estados poderá trazer harmonia à resolução dos litígios<sup>37</sup>.

Oliveira<sup>34</sup> argumenta, também, que a obrigatoriedade de utilização dos usos e costumes prevista no artigo 51 da LAV permite alcançar soluções mais adequadas às exigências do comércio internacional. Essa abordagem é particularmente relevante em situações em que há dispersão significativa dos elementos de conexão ou quando a relação controvertida não apresenta vínculos predominantes com um único Estado. Além disso, é igualmente importante em casos de lacunas no direito estatal em questões específicas das transações internacionais.

Sornarajah (2000) explica que a ideia de uma *Lex Mercatoria* universal não é recente, tendo surgido na Idade Média, quando os mercadores europeus criaram um sistema próprio de justiça, baseado nos seus costumes e administrado por tribunais especializados. Contudo, esse sistema desapareceu na Inglaterra devido à hostilidade dos tribunais e à absorção desses costumes pelo *common law*. Em tempos modernos, a *Lex Mercatoria* ressurgiu como um conjunto de normas aplicáveis ao comércio internacional, derivadas de usos e costumes comerciais, sendo o seu renascimento atribuído à Conferência de Londres sobre Fontes do Comércio Internacional, em 1962. No entanto, não há uma definição consensual de *Lex Mercatoria*, nem métodos claros para identificar os seus princípios, com divergências entre os acadêmicos sobre os elementos que a compõem, incluindo se deve abarcar apenas normas de convenções internacionais

---

<sup>37</sup> Oliveira, M. E. (2014). *Lei da arbitragem voluntária comentada* (p. 640-645). Coimbra: Almedina.

incorporadas aos direitos internos.

A verdade é que os usos e costumes traduzidos pela *Lex Mercatoria* são imprescindíveis. Entretanto, o direito nacional dos Estados é o único que aborda de forma completa todos os temas do direito. Assim, parece-me mais seguro remeter a lei que irá regular o contrato à normas estatais, e à *Lex Mercatoria* em cláusulas específicas do contrato.

Assim, a autonomia da vontade dos contratos internacionais exige que o jurista considere as fontes em sentido amplo, tudo aquilo que possa ser relevante para a regulação dos contratos internacionais, já que os usos também são relevantes neste tema, mas não deve se permitir que ela regule o contrato por completo. Deve-se entender quais são os modos de regulação desses contratos, incidindo na diferença entre tribunais estaduais e tribunais arbitrais.

Os Incoterms não regulam diretamente a compra e venda, mas podem abordar aspectos relacionados ao transporte da mercadoria, incluindo a decisão sobre a legislação ou princípios aplicáveis à situação. Nesse contexto, a redação do contrato deve antecipar possíveis litígios e problemas que possam surgir (International Chamber of Commerce, 2020; London Court of International Arbitration, 2020; American Arbitration Association, 2020; United Nations Commission on International Trade Law, 2020; European Convention on International Commercial Arbitration, 1961). Previamente, se faz necessário perceber se os litígios que eventualmente resultem desses contratos internacionais vão ser apreciados em tribunais arbitrais ou estaduais, uma vez que as regras que regulam as situações poderão ser diferentes dependendo do tipo de tribunal que as partes definem.

A partir daí, deve-se estudar as cláusulas típicas dos contratos internacionais porque, quando se fala no tema, há problemas que se repetem com tal frequência que as partes, ao negociar as cláusulas do contrato, já incluem cláusulas que previnem e resolvem tais problemas<sup>38</sup>. Diversos fatores influenciam a efetivação da relação que as partes buscam estabelecer entre si para alcançar os objetivos almejados, incluindo aspectos como a preferência em solucionar suas controvérsias por meio de um tribunal arbitral, em detrimento da jurisdição dos tribunais estatais.

Previsível e ágil, a arbitragem permite soluções individualizadas e menos burocráticas. Além disso, a confidencialidade é um ponto que interessa principalmente aos

---

<sup>38</sup> Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 17, Issue 1, p. 64). Oxford University Press.

operadores comerciais. Conflitos podem muitas vezes ser evitados por cláusulas práticas que de certa forma dispensam a eventual incerteza do direito de conflitos a utilizar<sup>39</sup>. Baseando-me nas ideias de Luís de Lima Pinheiro, percebo a importância das cláusulas contratuais mencionadas na estruturação de contratos transnacionais. A cláusula de eleição de foro competente, por exemplo, é importante mesmo em situações transnacionais que não optam pela arbitragem<sup>40</sup>. Já me deparei com situações nas quais não redigi no contrato um foro específico e fui obrigado a interpor ações em cidades longínquas e de difícil acesso, da residência habitual da parte contrária, nas quais audiências presenciais foram marcadas, as quais desprendi tempo em dinheiro com deslocamento.

No mesmo sentido, enquanto estagiário na cidade de São Paulo, vem-me em mente uma situação na qual a parte contrária tinha sua residência habitual em Rio Branco, Acre. Além das cidades se encontrarem a mais de 3.000 quilômetros de distância, o contexto era de pandemia nos quais a maioria dos voos estavam restritos, o que trouxe muita insegurança quanto a propositura da ação.

Felizmente, a própria pandemia fez com que todas as audiências e atos processuais fossem feitas *on-line* por ordem do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, e foi realizada sem a necessidade de deslocamento<sup>40</sup>. A pandemia acelerou a adoção de tecnologias e mudanças de hábitos, como a implementação de plataformas para trabalho e reuniões de forma remota; no entanto, foi também marcada por uma alteração de circunstâncias particularmente inesperada no contexto da globalização: a restrição da liberdade de transporte de bens e pessoas<sup>41</sup>.

Ainda, a necessidade de interpor ação em foro da jurisdição da parte contrária pode resultar em tribunais abarrotados pelo alto número de ações interpostas, cuja demora na prolação da sentença é de conhecimento de todos. Os processos judiciais de primeira instância em Portugal enfrentam grandes desafios em termos de celeridade, sendo que em média, litígios demoram mais de mil dias para serem resolvidos<sup>42</sup>. Esse cenário não combina com a crescente globalização e interconexão entre os mercados.

---

<sup>39</sup> Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 17, Issue 1, p. 265). Oxford University Press.

<sup>40</sup> Conselho Nacional de Justiça. (2021). *Resolução n.º 445 de 17 de dezembro de 2021: Institui a Política de Gestão da Memória e Cria o Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (PRONAME)*. Recuperado de <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>

<sup>41</sup> Blackaby, N., Partasides, C., et al. (2023). 1. Introduction. In *Redfern and Hunter on international arbitration* (7ª ed., p. 1.188). Oxford University Press; Kluwer Law International.

<sup>42</sup> Vicente, D. M. (2018). El arbitraje en las relaciones luso-españolas: La jurisprudencia portuguesa reciente. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3), 737. Kluwer Law International; IproLex.

Outro exemplo é o fato de que a *Lex Mercatoria* ainda se mostra em posição de vantagem em relação ao direito estadual quanto a modelos de regulação e podem ser mais adequados em matérias específicas. Os próprios modelos traduzidos pelos Incoterms mostram-se necessários<sup>43</sup>. Por serem marcados pela segurança jurídica e alta precisão, os Incoterms são uma ótima alternativa às leis estaduais.

Nesse sentido, os árbitros devem manter um estado de prontidão constante, equipados com a habilidade de moldar suas metodologias ao enfrentar eventos atípicos. A chave para uma arbitragem eficaz reside na habilidade de intercalar instrumentos tradicionais com inovações tecnológicas, assegurando que a justiça prevaleça enquanto a integridade do processo é preservada. Ao integrar práticas consagradas com soluções avançadas, árbitros podem navegar pelo imprevisível, garantindo decisões equitativas e a manutenção da ordem processual<sup>44</sup>.

Não se deixa de lado a importância de adaptar essas cláusulas às necessidades reais das partes, em vez de simplesmente copiar cláusulas padrão de outros contratos, as chamadas cláusulas da meia-noite. Existe grande relevância em preparar-se tanto quanto possível, negociando cláusulas apropriadas. Inclusive, um dossiê do Instituto de Direito Comercial Mundial da ICC em 2018 sobre o tema aponta que a maioria dos casos decididos por tribunais e árbitros envolve a aplicação e interpretação de cláusulas contratuais que governam essas questões<sup>45</sup>.

O entendimento desses temas é de ex

---













transnacional com sede em Portugal. Verifica-se, diante de tais artigos, uma forte remissão para o princípio da territorialidade e, ainda, aproximação a sistemas jurídicos como a Inglaterra, Alemanha e Espanha<sup>58</sup>:

“Artigo 61.º Âmbito de aplicação no espaço A presente lei 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;

Artigo 49.º, 2 - Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna.”

Assim, caso seja Portugal o local da arbitragem eleito pelas partes ou posteriormente pelos próprios árbitros escolhidos para decidir sobre o litígio, as regras da LAV tornar-se-ão a legislação processual que regerá o procedimento arbitral. Finalmente, em relação a este assunto, é importante destacar que se Portugal não for o local da arbitragem, do ponto de vista do legislador português, a arbitragem será vista como estrangeira, não internacional.

Foi anteriormente mencionado que o artigo 61 da LAV estipula que as cláusulas da referida legislação só serão válidas no contexto de uma arbitragem global com sede em Portugal<sup>59</sup>. Isto posto, o Capítulo IX da LAV (arts. 49.º ao 54.º) contempla um regime especial para as arbitragens internacionais, o que demonstra o dualismo fraco do sistema português<sup>60</sup>. O dualismo fraco é aquele em que o legislador opta por regular a arbitragem nacional e a internacional no mesmo diploma, porém, criando regras distintas para cada regime<sup>61</sup>. De fato, não nos parece adequado separar os conceitos em legislação diferentes, já que em nosso ver isso pode acarretar insegurança jurídica a um país.

O dualismo fraco da LAV também pode ser encontrado no art. 49.º, n.º 2, *in verbis*: “Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna<sup>21</sup>.”

Já o dualismo forte, por outro lado, considera a segregação completa entre o sistema nacional e internacional, cada um com seu diploma<sup>60</sup>. O monismo, por fim, antecipa um único sistema, uma regulamentação homogênea que não discrimina entre as relações nacionais e internacionais<sup>60</sup>. Ambos os tipos de legislação nos parecem

---

<sup>58</sup>Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (p. 557). Coimbra: Almedina.

<sup>59</sup> Vicente, D. M. (2020). Portugal as strategic seat for international arbitration. In A. P. da Fonseca, Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 13). Kluwer Law International.

<sup>60</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 217-221). Coimbra: Almedina.

<sup>61</sup> Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (p. 478). Coimbra: Almedina.

inconcebíveis, pois pode acarretar a necessidade de reconhecer uma decisão arbitral nas arbitragens domésticas, ou até no reconhecimento automático de decisões transnacionais, o que não se justifica. Em ambos os casos, a insegurança jurídica reinaria.

Ato contínuo, uma vez que o lugar de arbitragem é Portugal, aplicam-se também os arts. 46.º e 54.º da LAV, tornando as sentenças do tribunal arbitral sujeitas a serem oportunamente anuladas pelo tribunal estadual:

“Artigo 54.º Ordem pública internacional: A sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional.”

O art. 50.º, da LAV, é aplicável nos casos cujas partes são um Estado ou uma organização ou sociedade controlada por este<sup>55</sup>. É um fato que países podem valer-se de sua autoridade para esquivar-se de suas responsabilidades, maquiando a realidade dos fatos para que não tenham que cumprir uma determinação.

António Menezes Cordeiro esclarece, nesse sentido, que tal artigo visa as arbitragens de investimento, combatendo-se as situações nas quais os Estados estão a agir de má-fé, pois celebram a convenção de arbitragem e posteriormente invocam a sua invalidade, na base de particularidades internas. Quanto a esse ponto, ainda ressalta os casos de má-fé da contraparte<sup>56</sup>:

*“o art. 50.º não é aplicável em casos que a contraparte do Estado visado soubesse (ou deveria saber) que havia incapacidade, inarbitrabilidade ou outro fator capaz de bloquear a convenção; Artigo 50.º: Inoponibilidade de exceções baseadas no direito interno de uma parte. Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção.”*

Dentre os centros de arbitragem muito populares destaca-se Paris, Singapura, Nova Iorque, mas também Lisboa. As arbitragens terão uma sede e, em princípio, a lei da arbitragem será a lei dessa sede, salvo disposição contrária das partes. Existem arbitragens que têm sede em Portugal, mas que são arbitragens internacionais, na medida em que o artigo 52 da lei de arbitragem voluntária vem dizer que as partes são livres para designar as

regras de direito a aplicar pelos árbitros<sup>62</sup>.

Em Portugal, existem atualmente mais de 39 centros de arbitragem, os quais oferecem destacam-se em diversas áreas, nomeadamente: compras por correspondência, compras por comércio eletrónico, reparação de calçado e outros artigos de couro, eletrodomésticos, relógios, computadores e software, alojamento e restauração, transportes, armazenagem e comunicações, Seguros e atividades complementares de Segurança Social, atividades imobiliárias, aluguéis, educação, saúde, ação social, lavagem e limpeza a seco de têxteis e peles, etc<sup>63</sup>.

No ano de 2020, 15.391 arbitragens foram iniciadas junto às instituições arbitrais nacionais. A maioria dessas arbitragens estava relacionada a assuntos de seguros, transporte, armazenagem e comunicações. Já em 2021, quase 13.733 arbitragens tiveram início, cuja maioria também se deu na mesma área do ano anterior. No ano de 2022 o número foi ligeiramente menor, de 12.464, mas as áreas de destaques continuaram as mesmas<sup>64</sup>.

Inclusive, pode-se considerar regras de direito não estadual, já que regras de direito *lato sensu* podem incluir tradição da arbitragem, como a *Lex Mercatoria*. Entretanto, recorrer exclusivamente à *Lex Mercatoria* - apenas aos usos e aos costumes internacionais - não é aconselhável por muitos doutrinadores, já que não regula tudo, bem como tem muitas lacunas e as partes não costumam fazê-lo<sup>65</sup>.

O número 1 do artigo 52, da LAV admite ainda que as partes decidam submeter o litígio à equidade, à justiça do caso concreto. Se as partes nada tiverem escolhido, então o que o número 2 da 52 número 2 da lei de arbitragem voluntária portuguesa determina ao Tribunal arbitral que aplique o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta conexão mais estreita, ou seja, não se fala em regras de direito que abrangem a *Lex Mercatoria*<sup>64</sup>. Paralelamente, o artigo 52, número 3, determina que o Tribunal Arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes, influenciado pelo número 4 do Artigo 28 da Lei Modelo da UNCITRAL<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (pp. 504, 557). Coimbra: Almedina.

<sup>63</sup> Direção-Geral da Política de Justiça. (2024). *Centros de arbitragem autorizados*. Recuperado de: <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Arbitragem/Centros-de-Arbitragem-autorizados>

<sup>64</sup> Estatísticas da Justiça. (2024). *Processos nos centros de arbitragem*. Recuperado de: [https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos\\_centros\\_arbitragem.aspx](https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos_centros_arbitragem.aspx)

<sup>65</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 230). Coimbra: Almedina.

<sup>66</sup> Oliveira, E. D. (2020). Choice of law issues. In Fonseca, Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 201). Kluwer Law International.

Bermann<sup>67</sup> afirma que a arbitragem transnacional recebe atualmente certas críticas baseadas na falta de transparência e diversidade. Inclusive, a circunstância de os árbitros internacionais atuarem em grande medida em um vazio ético profissional também não é minimizada. Em 2020, a arbitragem em Portugal presenciou desenvolvimentos significativos, pelos quais vale ressaltar que a APA publicou dois códigos de boas práticas relacionados à arbitragem em novembro de 2020: o Código Deontológico e o Código de Boas Práticas para peritos em Arbitragem.

De fato, meios alternativos de solução de disputas servem como fortalecedores constantes da confiança entre os operadores comerciais e, nesse sentido, destaca-se um princípio que é considerado essencial e é diferente da autonomia das cláusulas compromissórias, qual seja, o princípio "Kompetenz-Kompetenz". Além de essencial tanto quanto o outro para o verdadeiro funcionamento da arbitragem, transnacional, é amplamente aceito pelos sistemas jurídicos nacionais, sempre encontrado na letra da lei local. Em poucas palavras, tem a capacidade de conferir independência aos tribunais arbitrais em relação aos tribunais estaduais<sup>68</sup>. Tal princípio é hodiernamente reconhecido pela LAV e é fundamental para o funcionamento desta lei, e inclusive está traduzido em diversos artigos da mesma, principalmente em seu artigo 18.

Central e imprescindível para sua autonomia funcional, Bermann<sup>62</sup> destaca, "*arbitral tribunals have the authority to determine their own jurisdiction*" e, mesmo diante de contestações de sua jurisdição por uma das partes, os tribunais arbitrais têm o privilégio de decidir sobre esses desafios sem a necessidade de suspender os procedimentos arbitrais à espera de uma determinação judicial<sup>63</sup>. Apesar de Kompetenz-Kompetenz, a relação da arbitragem transnacional com os tribunais nacionais é complexa e interdependente. Bermann (2020) esclarece que a arbitragem transnacional "*is profoundly dependent for its efficacy on the involvement of courts*", especialmente no cumprimento de acordos para arbitrar, na nomeação de árbitros, ou na concessão de medidas provisórias. Essa interação é essencial para a funcionalidade da arbitragem.

Em suma, a arbitragem transnacional procura equilibrar a colaboração com os tribunais estatais e a preservação da sua autonomia, aceitando intervenções judiciais que favoreçam o processo e rejeitando aquelas que possam comprometer sua eficácia. Como

---

<sup>67</sup> Bermann, G. A. (2020). The self-styled 'autonomy' of international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 36, Issue 2, pp. 226–230). Oxford University Press.

<sup>68</sup>Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., pp. 219, 225). Coimbra: Almedina

destaca Oliveira<sup>34</sup>, a arbitragem transnacional está sujeita à regulação e supervisão dos Estados com conexões relevantes, especialmente em relação ao direito aplicável ao mérito e ao local de execução da decisão.

### **Capítulo 3. Cláusulas Típicas dos Contratos Internacionais como Concretização da Vontade das Partes**

O domínio das cláusulas típicas dos contratos internacionais assume uma relevância crucial para a atuação do jurista, pois capacita-o a orientar as partes de maneira mais efetiva e precisa. Ao compreender os matizes dessas cláusulas, o jurista pode facilitar o exercício da autonomia da vontade das partes, oferecendo-lhes um aconselhamento informado e equilibrado.

As cláusulas típicas frequentemente abordam questões específicas relacionadas às transações internacionais, tais como jurisdição, escolha de lei aplicável, resolução de litígios e até mesmo questões de pagamento. Ao internalizar tais disposições, o jurista torna-se capaz de antecipar possíveis impasses ou conflitos durante a execução do contrato, reduzindo assim os riscos e protegendo os interesses das partes.

Ademais, ao estar familiarizado com as cláusulas típicas, o jurista pode propor adaptações ou modificações que melhor atendam às necessidades e expectativas das partes envolvidas, garantindo, assim, a equidade e justiça contratuais. Resumindo, a familiaridade com as cláusulas típicas dos contratos internacionais confere ao jurista a capacidade de desempenhar um papel essencial na promoção da autonomia da vontade das partes, fornecendo uma orientação especializada que assegura a proteção adequada de seus interesses em um contexto globalizado.

Já foi dito que para Pinheiro (2004), as cláusulas contratuais mais frequentes e relevantes no âmbito dos contratos internacionais são a cláusula de escolha do direito aplicável ao mérito, jurisdição, à convenção, força maior, *hardship*, execução duradoura e cláusula penal<sup>69</sup>. Devido à limitação de tempo e ao escopo do trabalho, não é possível abordar todas as cláusulas típicas dos contratos internacionais, e, portanto, optou-se nesta dissertação em focar em algumas cláusulas típicas frequentemente aplicadas no âmbito internacional como os Incoterms, cláusula de força, cláusula *hardship*, cláusula de mitigação da indenização, cláusulas Penais, lei aplicável ao mérito da causa e as normas processuais aplicáveis. A escolha foi guiada pela importância prática dessas cláusulas atualmente nas disputas transnacionais.

---

<sup>69</sup> Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de direito comercial internacional* (Vol. 1). Coimbra: Almedina.

### 3.1 Os Incoterms

Independentemente da lei que for aplicável, se o contrato colocar em jogo os interesses do comércio Internacional, levar-se-á em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes (Menezes Cordeiro, 2016, p. 514). Indiscutível portanto sua significativa relevância no âmbito do comércio Internacional, enaltecendo ainda a própria arbitragem em Portugal, que se beneficia ao fazer tais considerações, atraindo arbitragens<sup>70</sup>.

Litígios provenientes do âmbito do comércio internacional podem ser submetidos a tribunal estadual, mas a verdade é que a maior parte destes vão ser submetidos a tribunal arbitral e, por isso, merecem maior atenção em um sentido prático<sup>71</sup>. As partes ao celebrarem os contratos e decidem incluir neles algumas cláusulas que venham prevenir a resolução de certos litígios que poderão vir a verificar-se.

Ao falarmos de usos do comércio Internacional, estes usos do comércio Internacional vão variar, inclusive consoante o contrato que estiver em causa. Se não estivermos a falar, por exemplo, de venda de bens alimentares, os usos serão diferentes daqueles que serão aplicáveis se nós estivermos a falar, por exemplo, do petróleo.

A verdade é que as pessoas não se conhecem e não têm muita confiança umas na outras, mais ainda quando o transporte intercontinental de mercadorias muitas vezes está envolvido, suscitando questões como a garantia do pagamento e a qualidade efêmera de alguns produtos. As vendas internacionais traduzem-se em comerciantes situados em países diferentes, mais nomeadamente um vendedor que quer vender os seus bens para em uma realidade globalizada e um comprador interessado em comprar a quem faça o preço mais competitivo<sup>42</sup>.

Em um contexto de globalização, empresas, Estados, empresas públicas, empresas internacionais comuns e organizações intergovernamentais desde a China até a América do Norte realizam negócios transfronteiriços entre si, revelando a impossibilidade de uma uniformização dos padrões éticos e usos do comércio. Ao aprofundar-se no assunto verifica-se a necessidade de destacar uma entidade digna de reconhecimento: a Câmara de Comércio Internacional. Sua relevância se evidencia na padronização global dos operadores do comércio internacional, através da elaboração de modelos para

---

<sup>70</sup> Vicente, D. M. (2020). Portugal as strategic seat for international arbitration. In A. P. da Fonseca, Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 6). Kluwer Law International.

<sup>71</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 22). Coimbra: Almedina

regulamentação e organização de arbitragens transnacionais<sup>72</sup>.

A Câmara de Comércio Internacional redigiu não apenas alguns modelos de contratos como também modelos de cláusulas que as partes podem incluir no seu contrato. Não obstante, outras associações de comerciantes também disponibilizam aos seus associados e a outras pessoas mediante o pagamento de uma determinada quantia essas cláusulas (Najar, 2009).

A Câmara de Comércio Internacional é uma associação e a associação de comerciantes, mas depois vamos encontrar também as associações mais restritas, por exemplo, a GAFTA, que é uma associação que respeita justamente aos comerciantes no âmbito de bens alimentares. Ela tem associada um próprio Tribunal Arbitral, justamente porque os árbitros estão muito familiarizados com as práticas, com os usos que são desenvolvidos por este comércio que, de fato, envolve questões muito específicas<sup>73</sup>. Portanto, o objetivo dessas associações é que as partes consigam, desde logo, estabelecer as formas de resolução dos litígios que venham a ocorrer.

Os Incoterms são cláusulas que são frequentemente utilizadas no comércio Internacional que foram compiladas pela Câmara do Comércio Internacional e elas têm siglas que consoante os Incoterms que for adotado; aquilo que estão a ver aqui é o percurso da mercadoria. Nos casos de vendas internacionais, as mercadorias saem da fábrica e vão para o destino e muita coisa pode acontecer. A Câmara de Comércio Internacional fez esta compilação dos vários Incoterms, e neste contexto deve-se perceber a sua noção, bem como a natureza jurídica. Eles são muito conhecidos e são essenciais no âmbito do comércio Internacional, relevantes da própria interpretação do contrato, principalmente os Incoterms 2020.<sup>74</sup>

A palavra Incoterms é uma abreviatura da expressão inglesa “*International Commercial Terms*”, as regras *Incoterms* são publicadas pela Câmara de Comércio Internacional desde 1936<sup>75</sup>. Constituem um conjunto de 11 regras que definem quem é responsável pelas diferentes tarefas durante as transações internacionais e que estão divididos em 4 grupos representados pelas letras E - F - C - D, cada um contendo termos

---

<sup>72</sup> Pinheiro, L. L. (2023). *Arbitragem transnacional - A determinação do estatuto de arbitragem* (p. 478).

<sup>73</sup> Gafta. (2024). *Gafta standard for analysis*. Recuperado de: [https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Trade%20Assurance/Gafta\\_Standard\\_for\\_Analysis\\_guide\\_WEB.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Trade%20Assurance/Gafta_Standard_for_Analysis_guide_WEB.pdf)

<sup>74</sup> Jolivet, E. (2010). Incoterms e técnica contratual. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 7(25), 85 e ss. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB.

<sup>75</sup> Pinheiro, L. L. (2006). Incoterms—Introdução e traços fundamentais. *Revista das Ordens do Advogado*, ano, 65, 387-406.

que a afetam um maior ou menor grau de riscos e deveres para o comprador e para o vendedor.<sup>76</sup>

É essencial especificar o ano do *Incoterm* que está referido no contrato. Quando um acordo contratual menciona de forma genérica os "*Incoterms*" ou uma cláusula comercial, surge a questão sobre qual versão deve ser aplicada, especialmente em relação às revisões, como a versão de 2010 dos Incoterms. Assim, entende-se que a versão em vigor no momento da celebração do contrato deve ser aplicada. Adotar sempre a versão mais recente pode contrariar a intenção das partes e apresentar riscos, como a inexistência de determinadas cláusulas comerciais ou a alteração do momento relevante para a transferência de risco<sup>77</sup>.

Nos tempos mais recentes, estas regras foram revistas com intervalo de 10 anos. Portanto, por agora temos diferentes versões de incoterms, sendo a versão mais recente, os *Incoterms 2020* (Pinheiro, 2005). Os *incoterms* são termos normalizados, designam cláusulas de venda à distância de mercadorias, por exemplo, da venda, que implica um transporte de mercadoria e que são acompanhados de regras uniformes de interpretação e integração<sup>78</sup>. São cláusulas típicas dos contratos e estabelecem uma interpretação que poderia ser adotada de forma homogênea por todo o setor económico, apesar dessa conceituação não ser aceita por todos os doutrinadores<sup>79</sup>.

Conforme a análise Pinheiro (2005), os *Incoterms* não devem ser considerados como cláusulas contratuais gerais no sentido do regime estabelecido por alguns sistemas jurídicos, como o português. Isso ocorre pois não se trata de cláusulas pré-elaboradas que as partes simplesmente aceitam ou rejeitam, mas sim de termos padronizados que correspondem a cláusulas típicas do comércio. Outrossim, as partes têm a liberdade de escolher entre os diversos termos disponíveis e de ajustar o conteúdo das cláusulas que designam, não se limitando a uma decisão binária de adesão ou desistência do negócio. Esses termos padronizados são comumente abreviados por suas siglas, geralmente

---

<sup>76</sup> DHL. (2024). *Conhece as regras dos Incoterms? Saiba o que são e qual a sua importância na exportação*. Recuperado de: <https://www.dhl.com/discover/pt-pt/logistica/conselhos-exportacao-importacao/conhece-as-regras-dos-incoterms-saiba-o-que-sao-e-qual-a-sua-importancia-na-exportacao>

<sup>77</sup> Brunner, C., Klingler, D., et al. (2019). Introductory remarks to Arts. 66–70. In C. Brunner & B. Gottlieb (Eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (p. 455). Kluwer Law International.

<sup>78</sup> Rei, A. (2017). *Dissertação de Mestrado Jurídico-Forense* (p. 14). Recuperado de: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/83850/1/Andr%C3%A9%20Rei%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Jur%C3%ADico-Forense.pdf>

<sup>79</sup> Fouchard, P. (1990). Rapport de synthèse. In Y. Derains & J. Ghestin (Eds.), *La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989* (p. 152). LGDJ, coll. Droit des affaires.

representadas por três letras, e são empregados para substituir cláusulas contratuais amplamente adotadas por operadores internacionais.

De acordo com Jolivet (2010), quando as partes manifestam expressamente sua intenção de adotar os *Incoterms*, essa manifestação pode ser formalizada pela incorporação integral do termo comercial escolhido no contrato. Desta forma, todas as obrigações do vendedor, descritas nos itens A1 a A10, e as obrigações do comprador, listadas nos itens B1 a B10, são transcritas no documento contratual. Apesar de essa abordagem ser juridicamente válida e proporcionar vantagens práticas, como evitar a necessidade de redigir novamente as obrigações previstas pelos *Incoterms*, ela não é comumente adotada na prática.

Fouchard (1990) já destacava que o uso dos *incoterms* é inclusive mais recomendável que leis estaduais. No que diz respeito à classificação legal das normas, primeiramente, é inegável que os *incoterms* emergem como manifestação da liberdade de escolha dos agentes envolvidos no comércio internacional<sup>73</sup>. De um lado, os termos comerciais da CCI surgem da demanda dos profissionais do comércio por diretrizes legais consistentes para os contratos além-fronteiras, que se tornaram cada vez mais comuns a partir do século 20.

Por outro prisma, a utilização e eficácia dos *incoterms* em transações internacionais estão diretamente ligadas à disposição das partes em concordar com a adesão dos contratos aos termos específicos e suas respectivas interpretações<sup>73</sup>. Adicionalmente, é possível que as partes decidam excluir ou adaptar as regras conforme necessário. Uma das dificuldades no uso dos *Incoterms*, apontada por Jolivet (2010), é a menção simultânea de vários termos no mesmo contrato. Por exemplo, as condições gerais de venda podem indicar dois termos comerciais diferentes. Nesse caso, o objetivo do vendedor ao redigir o contrato dessa forma é deixar a escolha final do *Incoterm* para as condições particulares. No entanto, pode ocorrer que essa escolha não seja feita de maneira explícita, o que torna necessária a análise do comportamento das partes e dos documentos relacionados à negociação ou execução do contrato para identificar qual *Incoterm* foi efetivamente adotado. As partes não só concordam com um conjunto de termos, mas também se deparam com a possibilidade de descrevê-los de acordo com suas vontades.

Outra dificuldade prática se configura quando as partes não mencionam especificamente um *incoterm*, mas sim somente uma palavra-código. De acordo com Jolivet (2010), essa técnica, apesar de ser simples, muitas vezes é mal aplicada na prática, resultando em diversas dificuldades para identificar o regime jurídico que as partes

pretendiam adotar para reger o contrato. Ainda, não é incomum que, embora empreguem um termo padronizado, elas incluam cláusulas no contrato que alteram significativamente seu sentido convencional (Rei, 2024). Como resultado, a aplicação das normas *Incoterms* neste contrato pode ser restringida ou até mesmo excluída, acarretando todos os inconvenientes associados, como a incerteza resultante das dificuldades de interpretação (Pinheiro, 2006).

Portanto, é essencial que as partes escolham cuidadosamente o *Incoterm* mais adequado ao contrato, considerando suas especificidades. Quando há referência expressa no contrato, aplicam-se as regras de interpretação e integração. Segundo Pinheiro (2006), as partes devem indicar explicitamente a versão dos *Incoterms* que pretendem utilizar, sendo habitual optar pela versão mais recente. Contudo, Jolivet (2010) ressalta que essa escolha pode não coincidir com a versão em vigor. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando as partes optam por vincular o contrato à versão dos *Incoterms* vigente na data de sua celebração, mas uma nova versão entra em vigor durante a execução do contrato, ou quando escolhem uma versão anterior à vigente no momento da assinatura. Em conformidade com o princípio da liberdade contratual, não há impedimentos jurídicos para que as partes realizem tal escolha.

Sua importância se destaca especialmente quando o contrato não faz menção aos *Incoterms*, na medida em que neste cenário surge a questão sobre se esses termos constituem prática comum no comércio internacional<sup>80</sup>. Esta questão tem particular relevância no ordenamento jurídico português, em fase da ratificação da Convenção de Viena de 1980, uma vez que estabelece o caráter vinculativo dos usos nos termos da disposição número 2 do artigo 97<sup>9</sup>:

“Artigo 9.º:1. As partes estão vinculadas por quaisquer usos em que tenham acordado, bem como por quaisquer práticas que tenham estabelecido entre si; 2. Salvo acordo em contrário, considera -se que as partes aplicaram tacitamente ao contrato ou à sua formação um uso que conhecessem ou devessem ter conhecimento e que, no comércio é amplamente conhecido e regularmente observado pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.”

Ou seja, entende-se que as partes acordam de forma implícita nos usos, o que os coloca em nível imediatamente inferior à autonomia da vontade, e com precedência sobre disposições legislativas. Fazendo uma ligação à obrigatoriedade também trazida pela LAV

---

<sup>80</sup> Ferreira, A. C. (2017). *Incoterms na integração e interpretação de contratos comerciais internacionais*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Lisboa.

em considerar os usos e costumes do comércio internacional, vemos uma verdadeira harmonia entre os dois diplomas.

Nesse contexto, Jolivet (2010) destaca que o consentimento tácito para que o contrato seja regido por um Incoterm pode variar em intensidade. Em algumas situações, as partes mencionam um termo comercial no contrato sem especificar que se trata de um *Incoterm*. Essa incorporação implícita pode gerar ambiguidades, especialmente quando o termo ou palavra-chave utilizado no contrato, devido à sua formulação incompleta, pode ser interpretado como referência a um *Incoterm* ou a outro termo comercial, definido, por exemplo, por legislação local ou práticas portuárias.

No que diz respeito à jurisprudência, merece destaque o reconhecimento do valor de usos mercantis pelo Tribunal da Justiça da União Europeia<sup>81</sup> relativamente aos incoterms os quais teriam sido compilados e publicados por uma organização profissional reconhecida, e largamente seguidos na prática pelos operadores económicos, desempenhando um papel importante no Comércio Internacional, ao passo que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português veio partilhar idêntico entendimento para justificar que os tribunais devem ter em conta os Incoterms enquanto usos do comércio Internacional, na interpretação do clausulado contratual que não determine expressa e claramente o lugar da entrega dos bens Câmara de Comércio Internacional de Paris<sup>82</sup>, a ver:

“No âmbito da análise sobre se o lugar de entrega é determinado «nos termos do contrato», o órgão jurisdicional nacional em causa deve ter em conta todos os termos e todas as cláusulas pertinentes desse contrato que permitam designar de maneira clara esse lugar, incluindo os termos e cláusulas geralmente reconhecidos e consagrados pelos usos do comércio internacional, como os Incoterms”

Jolivet (2010) observa que os *Incoterms* são amplamente utilizados na prática pelos árbitros do comércio internacional e pelos juízes estatais como ferramentas para interpretar indiretamente contratos e determinar o regime jurídico aplicável. Em alguns casos, os árbitros ou juízes empregam o recurso a um *Incoterm* como critério para identificar o direito aplicável. Nesses contextos, o *Incoterm* não define diretamente as obrigações das partes, mas serve como um ponto de conexão com uma ordem jurídica que determina essas obrigações.

Além disso, a análise da jurisprudência arbitral e das práticas contratuais revela que os árbitros e as partes nas vendas internacionais frequentemente atribuem aos *Incoterms*

---

<sup>81</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. (2011, 9 de junho). *Acórdão no Processo C-87/10 (Endre Juhász)*.

<sup>82</sup> Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. (2016, 22 de setembro). *Acórdão no Processo 2561/14.8T8BRG.G1.S1*.

um valor que vai além de simples regras de interpretação de termos comerciais. Em algumas situações, os Incoterms são considerados como normas materiais, ou seja, normas jurídicas que criam obrigações. No entanto, destaca-se que a liberdade interpretativa exercida pelos árbitros pode comprometer a solidez dos Incoterms enquanto normas jurídicas bem estabelecidas.

Para concluir, a tese moderada parece mais acertada, ou seja, a qualificação não pode ser levada a cabo de forma geral e *abstracta*, mas será necessário examinar cada um dos termos normalizados de forma individual, a atender aos espaços geográficos em causa (Gabardo, 2007). Relativamente à relevância dos *Incoterms* na interpretação dos contratos, estas descrevem obrigações, riscos e custos das partes, mas sublinha-se que o princípio que preside aos *Incoterms* é o de que o comprador suporta o risco de perda ou deterioração dos bens, se tal ocorrer após os bens serem entregues. Assim, havendo deterioração ou destruição da mercadoria, ele continuará obrigado ao pagamento do preço<sup>83</sup>.

Para concluir, é importante salientar que os *incoterms* não se trata de cláusulas contratuais gerais, porque estas são definidas como cláusulas pré-elaboradas a que as partes aderem ou não aderem. Por outro lado, os *Incoterms* ainda permitem que as partes façam modificações a esses termos normalizados e acrescentem, portanto, partes que podem ser divergentes aos encontrados no contrato e, por isso, não são verdadeiras cláusulas contratuais gerais. Além de que uma das características das cláusulas contratuais gerais é a sua rigidez e o fato de elas não poderem ser de fato negociadas. Mas o que nós temos aqui, na verdade, são cláusulas típicas, ou seja, elas estabelecem determinadas obrigações para as partes, como a passagem do risco, onde é que se deve entregar a coisa, há ou não dever de fazer um contrato de seguro etc. As partes, depois, podem negociar entre elas o que lhes convém mais. Continua a ver esta possibilidade de as partes negociarem.

Questão diferente é apresentar um contrato pré-formulado e que contém um *incoterm*, no qual é apresentada uma generalidade de pessoas e que não é negociável. Aqui a questão não é por ser um *incoterm*, é porque esse *incoterm* foi, de fato, incluído e não se pode alterar, ou seja, não é negociável. Portanto, qualquer cláusula contratual que esteja incluída numa proposta de contrato que seja rígida, apresentada uma generalidade de pessoas acaba por se transformar em uma cláusula contratual geral, mas não é a cláusula em si, é o fato de se tratar deste clausulado tão rígido.

---

<sup>83</sup> Cordero-Moss, G. (2014). *International commercial contracts: Applicable sources and enforceability* (pp. 38–39). Cambridge University Press.

Os *incoterms* de fato não são, *per se*, cláusulas contratuais gerais e isto tem uma grande consequência, qual seja, não é aplicável o regime da lei das cláusulas contratuais gerais ao caso, na medida em que tem uma série de cláusulas que são consideradas absolutamente proibidas ou relativamente à proibidas e, portanto, há outras limitações também no respeito a tema dos deveres de informação comunicação, integração dos contratos. Ou seja, existem depois regras muito específicas.

E aí existe a possibilidade de haver negociação prévia e, neste ponto, a recondução à teoria das cláusulas contratuais gerais se torna improvável. Inclusive, aquilo que nós vemos relativamente a alguns *incoterms*, eles próprios ficam em aberto, por exemplo, no que diz respeito ao local da entrega. A parte disso, temos também a própria possibilidade que as partes têm de escolher o incoterm que será incluído no seu contrato e, inclusive, há esta negociação. O objetivo que é pretendido pelos incoterms é, em conclusão, o de serem cláusulas contratuais tipificadas e não de se tratar de cláusulas contratuais gerais.

### 3.2 A Cláusula de Força Maior e a Cláusula *Hardship*

A cláusula de força maior procura determinar eventos que se acontecerem criam uma situação de suspensão do contrato ou resolução de contrato. É irresistível, alheio e independente à vontade das partes. A impossibilidade pode ser de ordem natural ou também da própria ação humana. O artigo 79 da convenção de Viena trata do assunto: além da necessidade de comunicar a outra parte não num prazo razoável acerca da situação, também regula as situações que envolvem terceiros. A própria pandemia de COVID-19 é um exemplo natural de frustração do contrato, mas encontramos ação humana que pode levar as partes a reverem seus contratos.

Além da força maior estar indicada no artigo 79 da Convenção de Viena de Compra e Venda de Mercadorias, 7.1.7 dos princípios *UNIDROIT* relativos aos contratos comerciais internacionais e 8.108 dos princípios de direito europeu dos contratos também tratam do assunto<sup>44</sup>. Inclusive, é importante ressaltar que os três diplomas definem a necessidade de notificar imediatamente a parte contrária da impossibilidade. A nível nacional, Luís de Lima Pinheiro apresenta uma tese interessante, atrelando o conceito de força maior ao princípio da culpa, nos termos do art. 487/2 CC, aplicável à responsabilidade contratual<sup>44</sup>.

Uma cláusula cuja relevância se destaca de forma significativa é a de força maior. No direito português é tratado como uma impossibilidade, algo que escapa completamente do controle das partes e torna a execução do contrato impossível, uma catástrofe natural, por hipótese<sup>84</sup>.

A questão é que nem sempre é claro quando estamos verdadeiramente perante uma causa de força maior ou não. Portanto, também aqui é importante saber o que se entende por força maior, já que muitas vezes as partes incluem no contrato o que é que deve ser entendido por força maior, sendo esse o caminho que indicamos.

Existe uma divergência entre os sistemas nacionais na interpretação da cláusula de força maior, apesar de todas entenderem que existe um fator de impossibilidade intrínseco ao conceito. Pinheiro (2004, p. 241) compara alguns sistemas para demonstrar como essa divergência conceitual pode ser encontrada. Enquanto a interpretação alemã abrange também a demonstração da onerosidade excessiva, o círculo jurídico francês exige que se comprove a impossibilidade de ter previsto ou evitado as consequências Pinheiro (2004). Já o entendimento majoritário em Portugal também se liga à ideia da impossibilidade que não tenha sido criada pelo devedor, refutando-se a simples alegação de onerosidade excessiva. Ainda, exclui a impossibilidade criada pelo devedor Pinheiro (2004).

O que está em causa na cláusula de força maior é a impossibilidade, enquanto a cláusula *hardship* está em causa é a circunstância que acaba por provocar onerosidade excessiva ou desequilíbrio na resolução do contrato; é uma onerosidade que torna um contrato desproporcional relativamente à uma das partes, entretanto não é absoluta e por si só não permite a desvinculação das partes no cumprimento da obrigação Pinheiro (2004).

O termo "*hardship*" é utilizado para descrever situações em que ocorre uma mudança drástica nas circunstâncias, resultando em uma alteração fundamental do equilíbrio contratual entre as partes. Essas situações incluem casos em que o cumprimento das obrigações se torna mais oneroso ou menos lucrativo para uma das partes, frequentemente denominadas como situações de impraticabilidade comercial, bem como situações de frustração do objetivo contratual, uma subcategoria relacionada à redução da lucratividade. No entanto, não é necessário que a execução do contrato seja impossível para caracterizar o "*hardship*". O ponto fulcral, conforme indicam as disposições que tratam do tema, é que a distorção do equilíbrio contratual não poderia ter sido

---

<sup>84</sup> Brunner, C. (2008). Capítulo 4: Force majeure excuse, Section 7: The force majeure excuse as a general principle of law. In *Force majeure and hardship under general contract principles: Exemption for non-performance in international arbitration* (International Arbitration Law Library, Vol. 18, p. 78). Kluwer Law International.

razoavelmente prevista pela parte prejudicada no momento da celebração do contrato. Assim, não se tratava de um risco normal associado ao tipo de contrato em questão, nem de um risco que a parte tenha concordado em assumir. Desta forma, o direito do credor de exigir o cumprimento do contrato é questionado, considerando que o devedor, embora possa ainda ser capaz de executar o contrato, talvez não tivesse consentido em celebrá-lo caso as condições envolventes fossem – ou fossem previstas que se tornariam – radicalmente diferentes<sup>85</sup>.

A cláusula de *hardship* que regula situações que após a celebração do contrato vai onerar a determinada obrigação de uma das partes<sup>86</sup>. No ordenamento jurídico português estas questões são tratadas pelo artigo 437 do Código Civil, que fala trata da alteração das circunstâncias, um desequilíbrio no contrato de compra e venda quanto à disponibilidade de um produto fornecido ou alteração drástica no valor de uma moeda. Estar-se-á perante situações de eventual variação das circunstâncias em que uma das prestações se torna especialmente difícil de cumprir.

“Artigo 437.º: Condições de admissibilidade 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

Tradicionalmente usada nos contratos de execução duradoura, porém recomendada a todo contrato internacional, a cláusula de *hardship* é fundamentalmente projetada para permitir o reequilíbrio econômico do contrato em resposta a mudanças significativas nas circunstâncias que possam alterar as condições originalmente estabelecidas pela vontade das partes, garantindo assim uma justa adaptação das obrigações contratuais às novas realidades enfrentadas, respeitando o que realmente se pretendia<sup>87</sup>.

Nos primórdios, a arbitragem consistia em permitir que o árbitro realizasse exercício de moderação em situações de excessivo sofrimento para uma parte, despeitado a

---

<sup>85</sup> Azeredo Da Silveira, M. (2014). Part IV, Capítulo 11: Adaptation of the contract on grounds of hardship. In *Trade sanctions and international sales: An inquiry into international arbitration and commercial litigation* (p. 323). Kluwer Law International.

<sup>86</sup> Mariottini, C. M., & Hess, B. (2021). Capítulo 3: The notion of 'arbitral award'. In F. Ferrari & F. J. Rosenfeld (Eds.), *Autonomous versus domestic concepts under the New York Convention* (International Arbitration Law Library, Vol. 61, pp. 27–54). Kluwer Law International.

<sup>87</sup> Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de Direito Comercial Internacional* (Vol. 1, pp. 248–249). Coimbra: Almedina.

boa-fé, equidade e respeito aos usos comerciais. Uma busca entre o equilíbrio da letra da lei e o espírito das práticas comerciais<sup>88</sup>.

Na prática assumem forma de cláusulas de adaptação, que impõe a revisão em situação em que a impossibilidade não precisa ser exigida, mas sim a onerosidade. Esse é o entendimento de vários sistemas, como o italiano, que garante a rescisão do contrato diante dessas situações, mas também permite a renegociação<sup>98</sup>. O direito francês de forma oposta admite somente a desoneração de obrigações, forçando às partes a especificarem em seus contratos condições as condições de readaptação<sup>98</sup>.

A doutrina da “*frustration of contract*” da “*common law*” parte do princípio de que o contrato foi criado para um determinado fim e concluem que grandes alterações de circunstâncias são capazes de frustrar o que era pretendido. Entretanto, a jurisprudência americana se mostra mais exigente relativamente à exoneração com base na justificativa da “*frustration of contract*” que a doutrina inglesa<sup>98</sup>. A jurisprudência arbitral segue esse caminho, exige que as partes comprovem um desequilíbrio que cause frustração de finalidade ou *force majeure*. Isso faz com que as partes se preocupem mais em especificar no contrato situações que entendam configurar o hardship.

O direito português adota uma posição intermediária e permite, como última instância, a intervenção judicial para a revisão ou mesmo a extinção do contrato, sempre com o objetivo de corrigir excessos, na medida em que a renegociação é um dever das partes. Entretanto, também é verdade que contratos apresentam riscos. O artigo 437.º do CC concretiza assim a posição intermediária de Portugal<sup>98</sup>:

“Art. 437.º: 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

Assim, não só se recomenda uma cláusula de *hardship* em todos os contratos que envolvam arbitragem, mas também para qualquer contrato. Pinheiro<sup>98</sup> aponta que as partes têm o dever de renegociar diante uma cláusula *hardship*, e sua recusa pode até gerar indenização.

---

<sup>88</sup> Jeanclos, Y. (1999). La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle: Éléments d'analyse. *Revue de l'Arbitrage*, 1999 (3), 418. Comité Français de l'Arbitrage.

Essas situações poderão ser previamente reguladas por esta cláusula *hardship*, por exemplo, determinar uma renegociação do contrato ou dizer como é que o contrato vai ser eventualmente adaptado ou eventualmente também determinar uma resolução do contrato. Vale dizer que nem sempre é clara a distinção entre a situação de força maior e a situação de *hardship*, que às vezes confundem-se. E é justamente nessa zona cinzenta que nós vamos encontrar a maior dificuldade.

Assim, a cláusula de *hardship* vai permitir identificar as situações em que, atendendo à alteração das circunstâncias ocorrida após a celebração do contrato de tal ordem que o desequilibrou. Diante do fato, o contrato precisará ser reequilibrado e, como exemplo, o preço estipulado poderá mudar ou a quantidade de materiais a entregar.<sup>89</sup> Vai depender de uma análise casuística e as partes também podem, desde logo, indicar o que é que ou quais é que são as causas que poderão justificar o *hardship*. O que visa é a regularização de um contrato, necessidade de renegociar.

### 3.3 Cláusula de Mitigação da indenização

O princípio da mitigação estabelece que, diante de um incumprimento contratual, a parte lesada, embora tenha direito a uma indenização, deve adotar uma conduta razoável para minimizar os danos sofridos. Da mesma forma, deve abster-se de qualquer ação que possa agravar o prejuízo. Como destacado por Komarov<sup>90</sup>, cabe à parte lesada tomar medidas para reduzir a sua perda e, simultaneamente, evitar ações que a ampliem. Além disso, o lesante pode requerer uma redução do montante da indenização, correspondente aos danos que poderiam ter sido evitados se a parte lesada tivesse agido de forma diligente.

O princípio da mitigação está previsto na grande maioria dos ordenamentos jurídicos independentemente de constar cláusula no contrato neste sentido, entretanto, é encontrado de forma mais extensiva nos sistemas da *common law* do que quando comparado com a *civil law*.

No entanto, atualmente a opção das partes passa por incluir nestes contratos a cláusula de mitigação ou redução de indenização. Na Convenção de Viena, o princípio está no artigo 77; nos princípios dos contratos comerciais internacionais Unidroit, no artigo

---

<sup>89</sup> Cedras, J. (1985). L'obligation de négociier. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 38, 265.

<sup>90</sup> Komarov, A. S. (2006). Capítulo 2: Mitigation of damages. In Y. Derains & R. Kreindler (Eds.), *ICC Dossier No. 4: Evaluation of damages in international arbitration* (Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 4, p. 41). Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC).

7.4.8; os Princípios do Direito Contratual Europeu dos Contratos está no artigo 99:505 (*Reduction of Loss*). Ou seja, está então presente na maior parte das legislações aplicadas a contratos internacionais.

No entanto, a parte lesada só deve assumir posições de mitigação de danos que não se revelem demasiadamente onerosas porque a parte lesante vai ter que arcar com os custos teve em minorar os tais fatos da faltosa<sup>91</sup>. Então ela vai ter que ter alguns critérios de onerosidade e razoabilidade para tentar mitigar aqueles erros, ou seja, está-se perante medidas subjetivas que só poderão ser analisadas para o caso concreto. Em um exemplo frequentemente mencionado nesse contexto, a decisão britânica *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Limited*, (1932) AC 452, 506<sup>92</sup>, definiu o seguinte parâmetro:

“Where the sufferer from a breach of contract finds himself in consequence of that breach placed in a position of embarrassment the measures which he may be driven to adopt in order to extricate himself ought not to be weighed in nice scales at the instance of the party whose breach of contract has occasioned the difficulty. It is often easy after an emergency has passed to criticize the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency. The law is satisfied if the party placed in a difficult situation by reason of the breach of a duty owed to him has acted reasonably in the adoption of remedial measures and he will not be held disentitled to recover the cost of such measures merely because the party in breach can suggest that other measures less burdensome to him might have been taken.”

Ainda, deve ser observado que o levante só deve ficar prejudicado na estrita medida dos danos que provocou ao lesado e não mais que isso. A cláusula não é um castigo e, portanto, ele só deve realmente ficar prejudicado naquilo que provocou ao lesado, levando-se em conta a atitude do próprio lesado quando agrava o resultado. Neste caso, poderá reduzir ou até mesmo excluir a indenização<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ). (2022, 15 de fevereiro). *Processo 1059/18.0T8VIS.C1*.

<sup>92</sup> *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Limited*, (1932). AC 452, 506.

<sup>93</sup> Brunner, C., & Schäfer, F. (2019). Article 77 [Mitigation of damages]. In C. Brunner & B. Gottlieb (Eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (p. 548). Kluwer Law International.

### 3.4 Cláusulas Penais

No âmbito do comércio internacional, especialmente nos projetos de grande envergadura, não podemos ignorar a importância crucial das cláusulas contratuais<sup>94</sup>. Ao abordar as cláusulas penais, Silva<sup>95</sup> observa que a cláusula penal é como uma espécie de "castigo financeiro" que o devedor concorda em pagar ao credor se não cumprir sua parte do acordo conforme combinado, ou seja, age como uma garantia extra para o credor, uma espécie de incentivo para que o devedor não atrase ou falhe no cumprimento da obrigação.

No mesmo sentido, Monteiro<sup>96</sup> explica que a finalidade da cláusula penal é induzir o devedor ao cumprimento da obrigação, mediante a ameaça de que, caso não cumpra, terá de arcar com uma prestação mais onerosa. Não se trata, portanto, de uma medida punitiva ou de repressão, mas de um mecanismo destinado a compelir ou pressionar o devedor ao cumprimento. Por isso, a pena é previamente acordada e definida, com o objetivo de prevenir a violação da obrigação, e não como consequência de um ato ilícito já consumado.

Hoje entendo que talvez a não-inclusão deste tipo de cláusula em certos momentos pode ter contribuído para o incumprimento da parte contrária. Se não houver um fator pecuniário atrelado ao incumprimento, em algumas situações pode ser até mais favorável à parte contrária atrasar o cumprimento.

Esses desafios podem ser enfrentados comprometendo-se com uma jurisdição que não questione a validade e eficácia dessas cláusulas, ao mesmo tempo em que se incluem cláusulas de arbitragem para evitar litígios em tribunais locais com opiniões divergentes<sup>105</sup>.

O impasse ocorre quando a validade ou exigibilidade dessas cláusulas é contestada posteriormente, quando um credor do laudo busca reconhecimento e execução em outra jurisdição onde tais cláusulas podem ser consideradas uma violação da ordem pública internacional<sup>96</sup>. Ou seja, em uma realidade de incerteza em certos sistemas jurídicos, a cláusula arbitral serve como garantidora da segurança e previsibilidade.

A questão das cláusulas penais em diversos sistemas legais é um interessante dada as diferentes perspectivas e abordagens. Em muitas jurisdições de *Common Law*, como mencionado por Henriques (2020), há uma tradição enraizada de olhar com desconfiança para essas cláusulas. Esse receio está relacionado principalmente à possibilidade de que as

---

<sup>94</sup> Henriques, D. G. (2020). Cláusulas penales en arbitraje internacional: Una introducción comparativa. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2020(39), 15–16. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

<sup>95</sup> Calvão da Silva, J. (2007). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* (4ª ed., pp. 247–248). Coimbra: Almedina.

<sup>96</sup> Monteiro, A. P. (1990). *Cláusula penal e indenização* (p. 670). Coimbra: Almedina.

cláusulas penais gerem enriquecimento injusto, quando os valores estipulados como penalidade excedem significativamente os danos reais decorrentes do incumprimento contratual. Nesse sentido, Henriques<sup>105</sup> destaca que os valores devidos sob cláusulas de penalidade são muitas vezes maiores do que o dano real causado pelo promitente. Por outro lado, nas jurisdições de *civil law*, tais cláusulas são amplamente aceitas, desde que não apresentem um caráter excessivo. Isso porque, conforme ressalta o autor, uma sanção pode desempenhar um papel de incentivo ao cumprimento das obrigações de maneira oportuna e precisa, reforçando a importância da execução pontual e adequada dos contratos.

Em jurisdições de *civil law* como França e Bélgica, a questão é mais regulamentada por leis codificadas; aqui, a influência do Código Napoleônico é evidente, especialmente em seu princípio de que uma cláusula penal é intocável<sup>96</sup>. "*La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale à été exécutée en partie*", como estabelecido no art. 1231 do Código Civil francês<sup>97</sup>. No entanto, mesmo aqui, as leis estão sujeitas a mudanças e interpretações em constante evolução.

Estamos examinando essas questões para, conforme explica Henriques (2020), avaliar se podemos estabelecer um "*principio general de derecho con respecto a las cláusulas penales*", essencial para investigar a extensão da ordem pública internacional.

As diversas fontes e abordagens refletem a complexidade das cláusulas penais em contextos internacionais e a importância de encontrar um equilíbrio entre proteção contratual e prevenção de penalidades excessivas. Ainda, de acordo com o autor, é essencial reconhecer que "a quantia especificada pode ser reduzida por um tribunal judicial ou tribunal arbitral em montante razoável, sem prejuízo de qualquer acordo das partes em contrário." Isso reforça a ideia de que a cláusula penal, ainda que previamente acordada, pode ser ajustada para evitar situações de desproporção ou enriquecimento injusto, respeitando a razoabilidade e o equilíbrio contratual.

A decisão do STJ de Portugal datada de 14 de março de 2017 abordou o problema do reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira que impôs uma compensação considerada excessiva a um advogado português, resultante de uma cláusula penal por violação de um pacto de não concorrência. Sublinha-se, neste aspecto, o desafio de equilibrar a autonomia da arbitragem com a necessidade de proteger os valores jurídicos e

---

<sup>97</sup> Thilmany, J. (1980). Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Revue internationale de droit comparé*, 32(1), 27–28.

éticos locais<sup>98</sup>. O STJ português negou o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que condenou um advogado português ao pagamento de mais de 4,5 milhões de euros devido ao incumprimento de um pacto de não concorrência, com base na violação da ordem pública internacional portuguesa, argumentando que o montante penalizado era desproporcional e ofensivo aos princípios de boa-fé, proporcionalidade e dos bons costumes, e restringe indevidamente a liberdade econômica e de escolha profissional, princípios protegidos pela Constituição Portuguesa<sup>99</sup>. Em conclusão, as partes devem considerar de maneira cuidadosa a redação de uma cláusula penal, principalmente sobre a interpretação consoante os diferentes sistemas jurídicos.

As cláusulas penais, segundo Monteiro (2019) traduzem-se como um compromisso negocial em que qualquer uma das partes ou apenas uma delas fica obrigada antecipadamente perante a outra a realizar uma prestação, normalmente em dinheiro, no caso de existir incumprimento de certa obrigação<sup>100</sup>. Embora o formato mais frequente da compensação prevista em uma cláusula penal por não cumprimento de uma obrigação seja monetário, não existe uma regra que proíba as partes de definirem uma compensação não monetária em tais situações, segundo o autor. De fato, esta cláusula apresenta uma função indenizatória e reduz a litigiosidade ao prevenir disputas sobre o montante do dano, na medida em que tais prejuízos podem ser difíceis de quantificar<sup>7</sup>.

Conforme Telles<sup>101</sup>, a cláusula penal pode ser configurada para situações de incumprimento definitivo do contrato ou para casos de simples mora. No primeiro caso, trata-se de uma cláusula penal compensatória, enquanto no segundo caso é uma cláusula penal moratória. A cláusula penal compensatória, por sua natureza, não pode ser cumulada com a execução específica da obrigação principal. Já a cláusula penal moratória é compatível com essa cumulação, pois tem como objetivo ressarcir os danos causados pelo atraso no cumprimento. Por sua vez, Antunes Varela<sup>102</sup> define a cláusula penal como uma estipulação contratual em que as partes determinam antecipadamente o objeto da indenização que será exigida do devedor em caso de incumprimento, funcionando como

---

<sup>98</sup> Pinheiro, L. L. (2018). *Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional*. *Revista da Ordem dos Advogados*, (Vol. I/II, p. 225). Recuperado de: [https://portal.oa.pt/media/130216/luis-de-lima-pinheiro\\_roa\\_i\\_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf](https://portal.oa.pt/media/130216/luis-de-lima-pinheiro_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf)

<sup>99</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2017, 14 de março). Recuperado de: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f37a90ad754df8a802580e50051fa6d?OpenDocument>

<sup>100</sup> Monteiro, A. P. (1990). *Cláusula penal e indenização*. Tese de Doutoramento, Universidade de Coimbra, p.1-798.

<sup>101</sup> Galvão Telles, I. (1997). Direito das obrigações. Coimbra Editora, Coimbra, 7, 71-214

<sup>102</sup> Antunes Varela, J. M. (2012). *Das obrigações em geral* (5ª ed., Vol. II, p. 137).

uma sanção para a falta de cumprimento.

A cláusula penal pode assumir, em tese, um papel punitivo ao estender seu efeito além da mera reconstrução do estado que existiria com o cumprimento do contrato, assim, estipula-se uma verdadeira penalidade ao devedor que falha em cumprir suas obrigações, com o intuito prevenir que o contrato seja descumprido<sup>103</sup>.

Isso não significa, entretanto, que o sistema português proíba as cláusulas penais. Além dos arts. 810 e ss. do Código Civil regulam a matéria e, inclusive, estabelecem o entendimento que a cláusula penal deve perseguir uma função indenizatória, e não punitiva. Nesse sentido, a função punitiva se verifica quando o valor estabelecido for significativamente superior ao prejuízo esperado resultante do incumprimento<sup>114</sup>. Ela deve ser evitada porque pode dificultar o reconhecimento da decisão arbitral já que muitos ordenamentos jurídicos não permitem *punitive damages*.

O STJ de Portugal em 10 de novembro de 2020<sup>104</sup>, reconheceu uma sentença arbitral estrangeira com cláusula penal cujo valor foi de USD 160.000.000,00. Entretanto, apesar do alto valor, equivalia somente a 15% do montante da obrigação principal, e foi declarada como cláusula razoável, respeitando, inclusive, o Código Civil português. A decisão ressaltou, entretanto, que a função punitiva da cláusula afronta a ordem pública portuguesa e deve ser repreendida.

Para Pinheiro<sup>7</sup>, a liberdade das partes possibilita a utilização da cláusula penal nos contratos, que determinam um valor a ser pago em caso de incumprimento definitivo, mora ou defeituoso de uma obrigação. De fato, é possível que a responsabilidade civil seja moldada pelas partes, respeitando-se os limites das normas imperativas, ao definir previamente uma quantia a ser paga ao credor em caso de não cumprimento, atraso ou falha na execução de uma obrigação.

As cláusulas penais são criadas, em regra, no momento da estipulação do contrato, mas também podem ser convencionadas em momento anterior ao fato de que visam sancionar<sup>105</sup>. Pressupõem a existência de uma obrigação e a promessa terá que ser feita pelo devedor da obrigação principal ao respectivo credor, não podendo ser feita por terceiro. Entretanto, não implica que a pena não possa consistir em uma prestação a terceiro. Este tipo de cláusula é de natureza acessória, sujeitas às penalidades exigidas para

---

<sup>103</sup> Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de Direito Comercial Internacional* (Vol. 1, pp. 255-257). Coimbra: Almedina.

<sup>104</sup> Pinheiro, L. L. (2018). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. *Revista da Ordem dos Advogados*, (Vol. I/II, p. 224).

<sup>105</sup> Monteiro, A. P. (1999). Cláusula penal e indenização (pp. 45-46). Coimbra: Almedina.

a obrigação principal, sendo estas nulas se obrigação principal for nula, ou seja, se a obrigação principal se extinguir a cláusula penal caduca, conforme o artigo 810 do código civil.

As cláusulas penais em sentido *lato* englobam as cláusulas penais indenizatórias e as cláusulas penais compulsórias. As cláusulas penais indenizatórias são aquelas que visam liquidar indenização devida em caso de incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso<sup>106</sup>. As cláusulas penais compulsórias visam compelir o devedor ao cumprimento e ou sancionar o incumprimento<sup>107</sup>. A liberdade das partes possibilita a utilização da cláusula penal nos contratos, que determinam um valor a ser pago em caso de incumprimento definitivo, mora ou defeituoso de uma obrigação<sup>108</sup>.

Nas cláusulas penais indenizatórias, é necessário que sejam estabelecidos valores a serem pagos pelo descumprimento do devedor para que o credor possa exigir o pagamento, garantindo o atendimento dos requisitos de responsabilidade civil contratual. Já nas cláusulas exculpatórias, a culpa é independente do dano, surgindo com a ação, independentemente do agente causador<sup>109</sup>. Henriques (2020) esclarece ainda que as partes podem prever antecipadamente o montante devido ao credor em caso de atraso, incumprimento, cumprimento defeituoso ou até parcial. Há uma variedade de cláusulas dessa natureza, cada uma desempenhando sua função contratual específica, seja de forma conjunta ou separada. Algumas dessas cláusulas têm um papel meramente obrigatório, funcionando como um incentivo ao cumprimento; outras possuem uma função punitiva, enquanto algumas buscam determinar previamente o montante dos danos, atuando como cláusulas de liquidação de danos.

Para Monteiro (2019), nas cláusulas penais indenizatórias, o credor não pode reclamar apenas em caso de atraso no cumprimento, mas somente quando há incumprimento definitivo. Segundo o autor existem três tipos de cláusulas penais: de fixação antecipada de indenização, puramente compulsórias e em sentido estrito. A primeira permite imunizar o operador contra perdas decorrentes do não cumprimento do contrato; a segunda busca pressionar o futuro cumprimento da obrigação; e a terceira dá ao operador a possibilidade de exigir a penalidade como alternativa ao cumprimento

---

<sup>106</sup> Calvão da Silva, J. (1987). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* (p. 247).

<sup>107</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2011, 27 de setembro).

<sup>108</sup> Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de Direito Comercial Internacional* (Vol. 1, p. 255). Coimbra: Almedina.

<sup>109</sup> Henriques, D. G. (2020). Cláusulas penales en arbitraje internacional: Una introducción comparativa. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2020(39), 17. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

inicialmente devido<sup>116</sup>.

Esse é, de fato, o entendimento consolidado na jurisprudência, como destaca o Tribunal da Relação de Coimbra<sup>110</sup>, que afirma que "a cláusula penal prevista no art.º 810.º, n.º 1, do Código Civil, num conceito amplo, abrange tanto cláusulas penais indenizatórias quanto cláusulas penais compulsórias". Segundo o Tribunal, nas cláusulas penais indenizatórias, o objetivo das partes é exclusivamente fixar antecipadamente a indenização devida em caso de incumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso. Já nas cláusulas penais compulsórias, a finalidade principal é compelir ou pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação, bem como sancionar o não cumprimento.

Essas cláusulas têm como objetivo garantir o cumprimento da obrigação e oferecer uma forma alternativa de cumprimento<sup>111</sup>. Por fim, as cláusulas penais podem ser reduzidas quando consideradas manifestamente excessivas, em respeito aos princípios da boa fé e da equidade, conforme previsto no código civil<sup>112</sup>. Em Portugal, os arts. 811º e 812º regem sobre o funcionamento de tal cláusula:

“Artigo 812.º:1. O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento coercivo da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário; 2. O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indenização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes; O credor não pode em caso algum exigir uma indenização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal; Artigo 812.º 1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário; 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.”

Em suma, imprescindível ressaltar que posição doutrinária majoritária defende que o controle do valor da pena pelos tribunais estaduais deve ser marcado pela excepcionalidade e não pela frequência<sup>113</sup>:

### 3.5 Lei aplicável ao mérito da causa

---

<sup>110</sup> Tribunal da Relação de Coimbra. (2017, 20 de julho). Processo n.º 95/05.0TBCTB-H.C1.

<sup>111</sup> Antunes Varela, J. M. (2017). Das obrigações em geral (Vol. II, 7ª ed., p. 139). Coimbra: Almedina.

<sup>112</sup> Brandão Proença, J. C. (2017). Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações (2ª ed., p. 500). Porto: Universidade Católica Editora.

<sup>113</sup> Calvão da Silva, J. (1987). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* (p. 273).

No âmbito da arbitragem transnacional, Portugal vem sendo eleito como sede de arbitragem com maior frequência nos últimos anos e, com isso, o estudo da autonomia privada e seus limites se justifica de maneira prática, bem como teórica. A arbitragem transnacional destaca a relevância da autonomia privada, dado que envolve uma diversidade de sistemas jurídicos. Este contexto enfatiza a importância do estudo e da interpretação das cláusulas de eleição de foro, também conhecidas como convenções jurisdicionais, que desempenham um papel central na determinação do tribunal competente para resolver litígios internacionais<sup>114</sup>.

De acordo com Pires & Pereira Dias (2019), a *lex arbitri* é um conceito abrangente que regula diversos aspectos do processo arbitral, incluindo a composição do tribunal, o procedimento, os fundamentos para impugnação de árbitros, a consolidação de processos, a intervenção de terceiros, a condução de audiências, a produção de provas, a confidencialidade, as medidas cautelares, a sentença arbitral e as normas relativas à escolha da lei aplicável, entre outros.

As diversas teorias sobre a arbitragem transnacional variam desde a aplicação das leis locais onde ocorre o processo até a dependência de um consenso entre várias jurisdições ou mesmo a adesão a um conjunto de regras globais independentes de qualquer país específico<sup>125</sup>.

Paulsson (2013) resumiu as diferentes perspectivas, destacando uma visão territorial, uma pluralista e uma visão de autonomia. Esta última é subdividida em autonomia de ordem jurídica reconhecida por árbitros e juízes e autonomia de uma ordem semi-jurídica independente de reconhecimento pelos tribunais judiciais. Posteriormente, ele tende a favorecer uma versão atualizada da perspectiva pluralista.

Paulsson (2013) explora ainda, as três principais teses da arbitragem: a territorialista, defendida por Francis Mann; a pluralista, associada à ideia de *délocalisation*; e a autonomia da ordem jurídica arbitral, proposta por Gaillard. Contudo, o autor propõe uma nova interpretação da tese pluralista. Ele reconhece que o progresso da arbitragem internacional foi amplamente impulsionado pelo Direito francês e pela visão inovadora de juízes e juristas franceses. No entanto, considera que a autonomia da ordem jurídica arbitral reflete uma perspectiva essencialmente francesa.

Diferentemente de Gaillard, Paulsson apoia a tese pluralista, mas introduz uma nuance significativa. Em vez de uma abordagem horizontal tradicional, baseada na

---

<sup>114</sup> Pires, C. M., & Pereira Dias, R. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (pp. 234–242). Coimbra: Almedina.

coexistência de Estados e respetivas ordens jurídicas, Paulsson argumenta que o fundamento da arbitragem atual reside numa ordem pluralista vertical. Esta ordem combina a fundamentação estatal com outras fontes independentes, originadas de entidades sociais, industriais, religiosas, culturais, associações, clubes ou até organizações políticas regionais, que não estão necessariamente subordinadas ao controlo estatal<sup>115</sup>.

Pires & Pereira Dias (2019) afirmam que no âmbito da arbitragem transnacional, são raros os casos em que um contrato é redigido sem a designação de sua sede. Entretanto, afirmam que na eventualidade da sede não ser especificada, ou então não ser clara o suficiente, a sede da arbitragem depende se a arbitragem será administrada por uma instituição arbitral, chamando atenção aos artigos 19 n.o 1 e 20 n.1, das regras UNCITRAL, que define que em arbitragem Ad Hoc sem acordo prévio sobre o local da arbitragem, a definição da sede cabe aos árbitros<sup>125</sup>.

Sobre o tema Moura Vicente<sup>19</sup> esclarece que em sua vasta experiência no âmbito das arbitragens realizadas em Portugal, é a lei deste país que é mais usada para decidir sobre o conteúdo das disputas, apesar de haver uma crescente utilização das leis de Angola, Brasil e Moçambique. Pires & Pereira Dias<sup>125</sup> afirmam, também, que a *Lex arbitri* é extremamente relevante em dois aspectos, quais sejam, o processo de reconhecimento de sentença "estrangeira" e diante de uma questão que demanda a aplicação de uma norma dentro da sua área regulatória; ainda, os árbitros têm o dever de proferir uma sentença que possa ser executada mas isso não significa que devam seguir este procedimento em todos os casos.

Na prática o árbitro deve considerar que a lei aplicável ao processo arbitral poderá não valer para a mérito em questão, consoante a possível segregação decidida pelas partes<sup>116</sup>. Entretanto, desaconselha-se a incoerência ao decidirem, já que a atenção à cláusula-modelo do centro de arbitragem a que se deseja eleger para decidir a matéria garante segurança jurídica ao contrato internacional<sup>127</sup>. O Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa é um exemplo no que tange à divulgação de suas cláusulas-modelo.<sup>117</sup>

Assim, ao selecionarem uma sede arbitral, as partes comprometem-se com a legislação arbitral desse local específico, leis processuais essas que muitas vezes não

---

<sup>115</sup> Mercereau, A. G. de B. (2017). Resenhas de livros: *The Idea of Arbitration* (Jan Paulsson). In J. B. Lee & D. de A. Levy (Eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem*, 14(54), 239. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & Kluwer Law International.

<sup>116</sup> Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 235). Coimbra: Almedina.

<sup>117</sup> Pires, C. M., & Pereira Dias, R. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (pp. 245–250). Coimbra: Almedina.

abrangem particularidades caso concreto<sup>127</sup>. De fato, existe uma tendência em optar por jurisdições cujas normas são mais liberais, medida estratégica que favorece a autonomia das partes ao preferirem regras facultativas em vez de mandatórias, ou seja, uma escolha para maximizar sua liberdade contratual<sup>118</sup>.

Ainda assim, apesar dessa dependência inicial à lei da sede, a prática arbitral frequentemente se depara com questões processuais diversas que não são explicitamente abrangidas pelas leis locais, como a escolha das regras de privilégio em audiências ou os critérios para definir a arbitrabilidade de uma reivindicação<sup>129</sup>. A Convenção de Nova York estabelece que uma sentença arbitral pode ser recusada reconhecimento se a convenção de arbitragem for substancialmente inválida sob a legislação eleita pelas partes ou, na ausência de tal designação, sob a lei do país onde a sentença foi proferida<sup>115</sup>.

É importante porque trata do conceito de ordem pública internacional tal como ela se encontra na convenção de Nova Iorque e não se confunde com os conceitos de ordem pública normalmente conhecidos como preceitos de caráter imperativo em determinado regulamento. O conceito de ordem pública internacional trata-se de um conceito bem mais restritivo que isso (Vicente, 2022).

Quanto à autonomia em relação à lei do local da arbitragem, Bermann<sup>129</sup> explica que, apesar de os participantes escolherem um local de arbitragem e estarem sujeitos às suas leis de arbitragem, muitas dessas leis pouco dizem sobre questões não relacionadas ao mérito que surgem diariamente durante o processo arbitral. Aqui, os tribunais arbitrais têm a liberdade de fazer determinações independentes de leis locais e práticas, um sinal claro da autonomia da arbitragem transnacional<sup>129</sup>.

Ou seja, apesar dos regulamentos das instituições arbitrais não cobrirem todos os detalhes, o próprio tribunal arbitral pode responsabilizar-se em preencher essas lacunas, inclusive recorrendo às *IBA Rules on taking of evidence in international arbitration*<sup>119</sup>. A prática da arbitragem transnacional destaca a crescente importância de normas internacionais, desenvolvidas ao longo do tempo por instituições arbitrais internacionais, associações profissionais e pelos próprios tribunais arbitrais, como um exercício da autonomia arbitral. Bermann<sup>120</sup> enfatiza que essas normas "*are recognized and developed over time by international arbitral institutions*" e constituem um componente essencial da autonomia arbitral.

---

<sup>118</sup> Bermann, G. A. (2020). The self-styled 'autonomy' of international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 36, Issue 2, pp. 227–228). Oxford University Press.

<sup>119</sup> Oliveira, E. D. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (p. 249). Coimbra: Almedina.

### 3.6 Normas Processuais

Quanto às regras processuais aplicáveis à arbitragem transnacional, o artigo 52, pela sua epígrafe, parece de fato limitar-se às regras a regular as questões que respeitam ao fundo da causa, entretanto, a LAV consagra não só a autonomia das partes para escolher as regras processuais aplicáveis à arbitragem como define ainda a hipótese da omissão desta escolha<sup>1</sup>. Tais escolhas das regras processuais pode, inclusive, influenciar o desenvolvimento da jurisprudência arbitral, na medida em que geram tendências inovadoras na interpretação e construção da doutrina. Assim sendo, não há verdadeiramente nenhuma razão para não admitir também a possibilidade de escolha das regras processuais pelas partes:

“Artigo 52.º: Regras de direito aplicáveis ao fundo da causa 1. As partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando directamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis; 2. Na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita; 3. Em ambos os casos referidos nos números anteriores, o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes”.

O artigo 61 restringe a aplicação espacial e adere ao que são objetos do contrato da territorialidade, estabelecendo que a LAV é aplicável a arbitragens realizadas em território português, tanto em casos de arbitragens domésticas quanto internacionais, enquanto o artigo 49/2 determina salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem transnacional com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna. Este enfoque é classificado como territorialista e é amplamente utilizado pelos países devido à tradição da vinculação territorial.

O artigo 30 de LAV determina no seu número 2 que “as partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei”. A arbitragem transnacional é consagrada como modelo alternativo ao processo judicial justamente pelo seu respaldo neste artigo, além de legitimar também liberdade de escolha das regras

processuais pelas partes. Daí admitida justamente a possibilidade de as partes escolherem as regras processuais que são aplicáveis, fazendo uma aplicação sistemática teleológica das normas<sup>1</sup>.

Os princípios do contraditório e o princípio da igualdade das partes devem sempre ser respeitados, nos termos do número 1 do artigo 30 da LAV. Os fundamentos de anulação que encontramos no artigo 46 da LAV são, por regra, aplicáveis no âmbito de arbitragem transnacional e o 46, número 3, alínea a, subalínea 4 prevê como fundamento de anulação da decisão arbitral o fato de a composição do tribunal arbitral ou processo arbitral não terem sido conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou na falta de uma tal convenção que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução a do litígio<sup>120</sup>.

A referência sobre necessidade de se observar o processo arbitral é que ele terá de ser conforme à convenção das partes, ou seja, aquilo convencionado no que respeita ao próprio processo, respeitados os princípios estruturantes<sup>1</sup>.

### 3.7 A Convenção de Arbitragem

Na prática, as partes costumam escolher a lei aplicável à sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito, entretanto, nos casos que dizem respeito à lei aplicável à própria convenção de arbitragem, a situação difere. De forma mais recorrente as partes omitem-se na escolha desse assunto extremamente pertinente, que pode definir futuramente a validade da convenção (Pires & Pereira Dias, 2019). Isto posto, apesar de tecnicamente fazer parte da *lex arbitri*, deve ser estudado de forma apartada. Bravo Abolafia<sup>121</sup> aponta uma possibilidade subjetiva a ser observada pelos árbitros, na medida em que apesar da vontade das partes quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem não estar explícita, ela pode ser concluída. Ao contrário, uma possibilidade objetiva mais utilizada aponta para elementos de conexão:

“It is true that, traditionally, most of the scholars have addressed this issue from an objective approach trying to determine the law more closely connected to the arbitration agreement. However, it could be inappropriate to rely solely on this

---

<sup>120</sup> Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (p. 544). Coimbra: Almedina.

<sup>121</sup> Bravo Abolafia, L. (2019). Implied choice of the law applicable to the arbitration agreement: The effect on non-signatories in international arbitration. In M. Scherer (Ed.), *ASA Bulletin* (Vol. 37, Issue 1, p. 66). Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International.

objective criterion. By contrast, it could be more suitable to analyse these possibilities together with the interpretation of the implied choice of the parties, as discussed below.”

É possível que a escolha de lei aplicável ao contrato denote uma opção quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem. Assim, será a autonomia da vontade que fundamenta essa decisão. Pires & Pereira Dias (2019) apontam para uma busca pela verdadeira intenção das partes quanto a essa escolha, visando encontrar uma solução<sup>125</sup>. Nos raros casos em que as partes não escolhem a lei aplicada ao contrato nem à convenção, parte-se para um critério legal supletivo, convocando-se a lei do local onde decorre a arbitragem ou a lei do local onde é proferida a sentença<sup>125</sup>.

Já foi dito que um dos grandes pilares da arbitragem transnacional é a autonomia, na medida em que as partes procuram formas de resolver suas disputas com satisfação e previsibilidade para assegurar o êxito e a estabilidade das transações comerciais globais<sup>133</sup>. Os países apresentam diferenças legais e culturais que afetam o litígio e as partes perseguem a arbitragem para garantir sua autonomia, tanto no que diz respeito à vontade para se vincular à convenção arbitral, como à convenção em relação ao contrato na qual está inserido, no sentido de que caso o contrato seja inválido, a Convenção não estará vinculada a esta invalidez<sup>1</sup>. A convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual autónomo relativamente ao contrato em que eventualmente se insira, bem como não tem de assumir necessariamente a forma *lato senso* de uma cláusula compromissória. Assim, um dos fundamentos da autonomia das partes no contexto da arbitragem transnacional é que a convenção de arbitragem é autônoma relativamente ao contrato substancial que eventualmente respeita<sup>122</sup>.

Para Pierre Mayer<sup>123</sup>, a cláusula arbitral é apenas uma das várias disposições que, em conjunto, compõem o que as partes denominam como contrato ou acordo, podendo ser, por exemplo, um contrato de compra e venda, um contrato de empreitada ou um contrato de agência. Sob uma perspectiva formal, essa cláusula é considerada parte integrante do chamado "acordo principal".

De fato, os contratos internacionais são extremamente complexos por envolver múltiplas jurisdições e leis aplicáveis. Nesse cenário de complexidade, o princípio assegura

---

<sup>122</sup> Brito, M. H. (2012). As novas regras sobre a arbitragem internacional: Primeiras reflexões. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles* (Vol. II, p. 32). Coimbra: Almedina.

<sup>123</sup> Mayer, P. (1999). The limits of severability of the arbitration clause. In A. J. van den Berg (Ed.), *ICCA Congress Series No. 9 (Paris 1998): Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention* (ICCA Congress Series, Vol. 9, pp. 261–267). Kluwer Law International; ICCA.

que as partes possam efetivamente controlar como suas disputas serão resolvidas, garantindo ao tribunal arbitral competência para resolver o litígio mesmo que o contrato seja inválido.<sup>124</sup> No âmbito do direito internacional privado, essa autonomia da convenção de arbitragem é compreendida como uma extensão à lei reguladora do contrato, de modo que ela não será necessariamente regulada pela lei do contrato no qual ela se insere, ou seja, enquanto uma lei rege o contrato, pode-se eleger outra somente para regular a convenção<sup>133</sup>.

Portugal mostrou-se como um país que busca um procedimento arbitral transparente e é alinhado às normas globais ao tornar o artigo 56 da LAV e o artigo quinto da Convenção de Nova Iorque muito semelhantes no que respeita aos fundamentos de recusa de reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras<sup>20</sup>. Esse paralelo jurídico atua como um pilar que regula os reconhecimentos das decisões arbitrais e os requisitos a serem observados na convenção de arbitragem.

As partes podem escolher a lei aplicável à Convenção de Arbitragem e, na falta de escolha, será aplicada a lei do país onde a decisão é proferida<sup>1</sup>. Esse critério assegura, desta maneira, que os processos de reconhecimentos sejam claros e encontrem sua base na validade da convenção de arbitragem acordada pelas partes e não apenas em questões procedimentais

No artigo 5, número 1, alínea *a*, a Convenção de Nova Iorque determina que o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira só será recusada se ficar alegado e, também delimitado a invalidez da convenção perante a lei escolhida pelas partes ou, na ausência de escolha, perante a lei do país onde ela foi proferida<sup>1</sup>. Esse dispositivo impulsiona um processo de reconhecimento que se baseia em fundamentos claros, preservando de certa maneira transações internacionais juridicamente seguras. Borris<sup>125</sup> nos explica um conflito em relação a qual parte deve provar a conclusão do acordo da convenção de arbitragem ou seja, a necessidade de definir claramente as responsabilidades de cada parte no processo de execução de sentenças arbitrais, *in verbis*:

“It is disputed, however, which party bears the burden of proof concerning the conclusion of an arbitral agreement. The majority view among German courts

---

<sup>124</sup> Chuprunov, I. S. (2012). Capítulo I: The arbitration agreement and arbitrability: Effects of contractual assignment on an arbitration clause – Substantive and private international law perspectives. In C. Klausegger, P. Klein, et al. (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* (Vol. 2012, p. 34). Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

<sup>125</sup> Borris, C., Hennecke, R., et al. (2019). New York Convention, Article V [Grounds for refusal of recognition and enforcement of arbitral awards]. In R. Wolff (Ed.), *New York Convention: Article-by-Article Commentary* (2<sup>a</sup> ed., II., p. 42). Verlag C.H. Beck oHG.

appears to be that the burden of proving that an arbitration agreement was concluded lies with the party applying for recognition and enforcement, while the party opposing enforcement only bears the burden of proof with regard to an alleged invalidity of the arbitration agreement under Article V(1)(a).”

No âmbito da Convenção de Nova Iorque as partes podem escolher a lei aplicável à Convenção de arbitragem e, na falta de escolha, a lei aplicável vai ser aquela do lugar de arbitragem, ou seja, a do país onde a decisão foi proferida. Conforme expõe Pinheiro, há jurisdições que adotam um regime uniforme para a forma da convenção de arbitragem, aplicável tanto à arbitragem interna como à arbitragem transnacional. Em contrapartida, outras estabelecem um regime especial dedicado exclusivamente à arbitragem transnacional<sup>12</sup>.

O tema da validade subjetiva, no que diz respeito à capacidade das partes, não é expressamente regulado pela LAV<sup>1</sup>. Porém, é determinado que a sentença arbitral estrangeira não será reconhecida se as partes vinculadas não tiverem capacidades para tanto. Isso foi disposto no artigo 56, número 1, alínea *a*<sup>1</sup>. Nesse mesmo sentido segue a Convenção de Nova Iorque artigo 5, número 1, alínea *a*<sup>1</sup>. O artigo 46, número 3, alínea *a*, sub-alínea 1, da LAV determina que a incapacidade de uma das partes é um dos fundamentos de anulação da decisão arbitral, e também determina no mesmo sentido a lei modelo no artigo 34 número 2 alínea *a*, sublínea 1<sup>1</sup>. Portanto, para analisar essas questões da capacidade das partes, é necessário determinar que lei será regulada para celebrar essa Convenção de arbitragem<sup>1</sup>.

Oliveira<sup>1</sup> explica que, tendo a arbitragem lugar em Portugal, serão aplicadas normas de conflitos que regulam a capacidade jurídica das partes a partir da legislação, utilizando como fonte o código civil e o código das sociedades comerciais. O disposto no artigo 50 da LAV determina que quando uma arbitragem seja Internacional e uma das partes na Convenção de arbitragem, seja um Estado ou uma organização controlada por um Estado ou até uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar determinado litígio ou sua capacidade para ser parte na arbitragem nem qualquer outro modo se subtraísse as obrigações decorrentes daquela Convenção<sup>1</sup>. Ou seja, é vedado se valer da própria torpeza, entendendo-se como abuso de direito em desrespeito ao princípio da boa-fé, configurando *venire contra factum proprium* é manifestamente verdade.

As normas relevantes são as normas de conflitos, ou seja, se nós tivermos, por exemplo, perante uma questão relativa a uma sociedade comercial que a celebrou uma

Convenção de arbitragem, para nós sabermos se essa sociedade comercial tem ou não tem capacidade jurídica para celebrar essa Convenção de arbitragem, nós vamos ter de aplicar o artigo 3 número 1 do Código das Sociedades Comerciais<sup>126</sup>. O artigo 3, número 1, vem dizer que, por regra, é aplicada a lei da sede principal e efetiva da administração. Se estivermos perante uma arbitragem que tem sede em Portugal, mas que, por exemplo, envolve uma sociedade comercial com sede em outro país e uma pessoa singular, relativamente à sociedade comercial, para nós sabermos se ela tem ou não tem capacidade jurídica, iríamos aplicar o artigo 3 número 1 do Código das Sociedades comerciais, que determina a aplicação da lei do lugar da sede principal e efetiva da administração da sociedade para avaliar a sua capacidade jurídica e, portanto, nós íamos em bom rigor aplicar a lei do outro país em questão, para a lei material deste país determinar se esta sociedade tinha ou não tinha capacidade<sup>1</sup>.

Quanto à pessoa singular, vamos assumir que esta pessoa singular era, por exemplo, um cidadão francês que tinha residência habitual em Paris. Para nós sabermos se este cidadão tinha ou não capacidade jurídica para celebrar a própria convenção de arbitragem, aquilo que a doutrina entende é que devia ser então aplicada as normas de conflitos do lugar da sede da arbitragem (logo as normas de conflitos portuguesas)<sup>1</sup>. No que respeita às pessoas singulares, a norma de conflitos seria o artigo 25 do Código Civil Português, que diz que em matéria de capacidade jurídica, personalidade jurídica, é regulada pela lei pessoal.

Nos termos do artigo 31, número 1 do Código Civil, a lei pessoal, em princípio, é a lei da nacionalidade, com exceção aos apátridas. Portanto, por força do artigo 25 do Código Civil, conjugado com o artigo 31 número 1, também do Código Civil, a lei pessoal deste cidadão era a lei francesa e, portanto, seria a lei material francesa que iria regular a capacidade jurídica deste cidadão<sup>1</sup>.

Portanto, no que respeita à capacidade para celebrar convenções de arbitragem relativamente à arbitragem que tenha sede em Portugal, nós vamos aplicar as normas de conflitos portuguesas. Por aplicação das normas de conflitos portuguesas, podemos chegar à conclusão de que a lei material que vai regular a situação tanto pode ser a lei material portuguesa, como pode ser a lei material estrangeira: depende da nacionalidade das pessoas ou do lugar da sede principal e efetiva.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória é, assim, um grande pilar da arbitragem. A problemática que tratamos é que a Convenção de arbitragem tem autonomia

---

<sup>126</sup> Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

relativamente ao litígio propriamente dito. Está expressamente indicado, por exemplo, na lei de arbitragem voluntária portuguesa, no artigo 18, número 2 que uma cláusula compromissória “*que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo*”. Ou seja, sua validade ou invalidade não está dependente da validade ou invalidade do contrato onde ela se insere.

Portanto, a cláusula compromissória é autônoma relativamente ao contrato onde eventualmente esteja incluída e ela também é autônoma relativamente ao próprio litígio em que esteja em causa. Ela própria é regulada por uma lei expressamente indicada e que não tem de ser necessariamente a mesma lei que vai regular a substância do negócio ou o litígio. A substância do litígio pode não ser um negócio<sup>127</sup>.

De acordo com Caramelo<sup>128</sup>, a doutrina da separabilidade da cláusula compromissória é mais bem compreendida como uma ficção pragmática, amplamente adotada devido à sua conveniência. Este princípio é reconhecido pela maioria das legislações nacionais, regulamentos de arbitragem institucional e jurisprudência de tribunais nacionais e internacionais. A separabilidade da cláusula compromissória, juntamente com o princípio da competência-competência, constitui um dos pilares fundamentais do regime da arbitragem voluntária, tanto no âmbito interno quanto no internacional. No entanto, é essencial distinguir esses dois princípios, que embora possam interseccionar em certas situações, são distintos do ponto de vista analítico. A separabilidade diz respeito à validade substantiva da convenção de arbitragem, enquanto o princípio da competência-competência está geralmente relacionado ao processo, reconhecendo ao tribunal arbitral o poder de decidir questões de jurisdição quando a validade da convenção de arbitragem é contestada.

Vamos imaginar que o litígio que está em causa se prende com o incumprimento do contrato e que as partes tinham escolhido que este litígio seria apreciado à luz da lei francesa. O fato de a lei francesa ser aplicada a este litígio, não significa que a Convenção de arbitragem vai ela própria ser regulada pela lei francesa.

Uma coisa é o litígio substancial, aquilo que está a ser discutido, outra coisa é a Convenção de arbitragem. Gaillard e Savage<sup>129</sup> esclarecem que a validade da convenção de

---

<sup>127</sup> Freitas, J. L. (2002). Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Volume II, Coimbra: Almedina.

<sup>128</sup> Caramelo, A. M. R. (2014). A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral na Lei de arbitragem portuguesa. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2014(19), 37. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

<sup>129</sup> Gaillard, E., & Savage, J. (Eds.). (1999). Part 2: Capítulo 1 - The autonomy of the arbitration agreement. In *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration* (p. 210). Kluwer Law International.

arbitragem é independente da validade do contrato principal. Assim, a convenção de arbitragem permanece válida mesmo diante de alegações de que o contrato principal nunca existiu, foi anulado, extinto ou repudiado. Da mesma forma, a novação das obrigações previstas no contrato principal não afeta a eficácia da convenção de arbitragem, e um acordo de resolução relativo ao contrato principal não implica necessariamente o término da convenção de arbitragem. Vê-se uma ideia de separabilidade da cláusula às condições do contrato já que caso o contrato enfrente questionamento, a cláusula corre risco de ser anulada, porquanto para deixar de existir terá que enfrentar seus próprios questionamentos.

Vejam, segundo Reis<sup>130</sup>, questões relacionadas à validade, eficácia e até mesmo à aplicabilidade da convenção de arbitragem em relação ao litígio submetido ao tribunal judicial não são da competência do juiz, estando fora do âmbito de sua jurisdição. Sobre o tema, Born<sup>131</sup> afasta a possibilidade de discricionariedade descontrolada dos árbitros ao selecionar a regra de conflito de leis adequadas uma vez que essas devem ressoar com a da lei processual da arbitragem, do acordo de arbitragem das partes e da disputa subjacente.

Quanto à validade formal, a lei aplicável à forma da convenção de arbitragem, nos termos da LAV em seu artigo 2 determina que deverá respeitar a forma escrita e deste modo, uma arbitragem com sede em Portugal será aplicada as disposições da LAV aplicando-se o artigo 2. Além disso, a Convenção de Nova Iorque, artigo 2, número 2, ratifica a necessidade da forma escrita.

Tratando-se de arbitragem transnacional, o artigo 51 da LAV vem admitir a possibilidade de aplicação de três leis relevantes no contexto da validade substancial da convenção de arbitragem. Entende-se que a Convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio que ela respeita é suscetível a ser submetido à arbitragem, se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito. Esses podem ser ditados pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção da arbitragem, prioritariamente, já que as partes têm autonomia para determinar a lei governadora da convenção. Paralelamente, as partes podem decidir a lei que será aplicada à substância do litígio e a lei da sede da arbitragem<sup>132</sup>.

Nos termos do número 1 do artigo 51, da LAV, se houver uma controvérsia sobre a validade substancial da convenção de arbitragem, a lei escolhida pelas partes para tanto

---

<sup>130</sup> Reis, J. L. L. dos. (1988). A exceção da preterição do tribunal arbitral (voluntário). *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 58, Vol. III, p. 1128.

<sup>131</sup> Born, G. B. (2021). Capítulo 19: Choice of substantive law in international arbitration (Updated February 2024). In *International commercial arbitration* (3<sup>a</sup> ed., §19.01). Kluwer Law International.

<sup>132</sup> Portugal. (2011). *Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)*, Artigo 51.º. Diário da República.

decidirá a arbitrabilidade. Se, por algum motivo, a lei escolhida pelas partes para a convenção de arbitragem não permitir que a disputa seja resolvida por arbitragem, a lei que determinará a convenção passará a ser aquela que as partes selecionaram para reger o fundo da causa. Se, mesmo assim, a questão não puder ser solucionada por meio da arbitragem, a lei do local onde a arbitragem está sendo realizada será considerada. Entende-se que esta será a lei portuguesa, uma vez que a LAV somente se aplica a arbitragens com sede em Portugal.

António Menezes Cordeiro esclarece que a autonomia privada deve sempre imperar na arbitragem transnacional, na medida em que um excesso eventual deva ser corrigido, mas somente no momento do reconhecimento da decisão<sup>20</sup>. Ainda, ensina que o artigo 51 número 1 da LAV foi inspirado em dois outros ordenamentos jurídicos. O primeiro foi o artigo 178, número 2, da lei de direito internacional privado da suíça, enquanto segunda inspiração foi retirada do lei de arbitragem espanhola, em seu artigo 9, número 6<sup>20</sup>.

O princípio do *favor validatis* se manifesta nesses artigos porque destacam a importância de manter a validade da convenção, conforme a lei que as partes selecionaram. O texto também mostra o compromisso com a arbitragem, destacando o princípio do *favor negotii*, mas especificamente uma ideia de *favor arbitrandum*, ou seja, vamos aplicar a lei que garanta a validade da convenção de arbitragem<sup>20</sup>. Em conclusão, garantida a validade substancial da Convenção de arbitragem, o problema fica resolvido.

O regime de arbitragem internacional em Portugal reflete o princípio do *favor arbitrandum*, com o objetivo de atrair arbitragens internacionais, especialmente de países lusófonos, promovendo o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras (Vicente, 2018). Esse princípio orienta tanto os tribunais arbitrais, conforme o artigo 61 da LAV, quanto os tribunais judiciais portugueses, responsáveis por pedidos de anulação de laudos arbitrais, nos termos do artigo 46. É dado poder ao tribunal Estadual para decidir se irá anular a decisão arbitral, pois este artigo, em seu número 3, alínea *b*, subalínea 1 assim determina. Há uma ponderação se de fato as questões subjacentes são tão importantes que impeçam a manutenção dessa decisão ou se ela será fundamento de anulação. De fato, dependerá do caso concreto e o tribunal Estadual deverá se atentar ao princípio do *favor negotii*, *favor arbitrandum*, da tutela da confiança das partes, da boa-fé, para decidir se deverá recusar a decisão arbitral.<sup>133</sup>

Segundo Pais de Vasconcellos (2005), o princípio do *favor negotii* orienta o

---

<sup>133</sup> Vicente, D. M. (2020). Portugal as strategic seat for international arbitration. In A. P. da Fonseca, D. M. Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (pp. 10–11). Kluwer Law International.

exercício jurídico na busca pela validade dos negócios jurídicos, sem impor obrigatoriamente sua validade ou impedir a invalidade. A invalidade deve ser considerada apenas como último recurso, admitida somente após esgotadas todas as possibilidades jurídicas de evitá-la, uma vez que a validade é sempre preferível. Na realidade, para as partes, é pouco seguro submeterem em um tribunal arbitral com sede em Portugal uma arbitragem que não seja arbitrável a luz da lei portuguesa, porque na verdade, até a possibilidade de impugnação da decisão arbitral, não saberão de fato o que o tribunal Estadual irá decidir.

Gera-se mais debates sobre os limites à impugnação e a execução da decisão Arbitral em função da lei reguladora da Convenção de arbitragem. Os termos do artigo 46, número 3, alínea b da LAV, a decisão arbitral pode ser anulada se o tribunal estadual verificar que o objeto de litígio não é arbitrado de acordo com a lei portuguesa ou que o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública Internacional do Estado português.

Apesar do artigo 51 número 1 da LAV admitir a validade da Convenção, desde que respeite a lei escolhida entre as partes, a lei portuguesa ou a lei arbitral do fundo da causa, abrindo margem para permitir a desconformidade com os critérios estabelecidos pela lei portuguesa caso esteja em conformidade com uma das outras possibilidades, a previsão deve ser conciliada com disposto no artigo 46, número 3, alínea b<sup>134</sup>.

Caso seja pedido a anulação da decisão com fundamento nesta linha do artigo 46, número 3, alínea b, o tribunal competente deverá ter em consideração o disposto no artigo 51 número 1, ou seja, caso a Convenção respeitar a lei escolhida ou a lei reguladora do fundo da causa, o Tribunal, em princípio, deverá considerar válida a convenção, independente do disposto na lei portuguesa, na lei do local. Verificou-se a limitação do contexto de impugnação, na medida em que a decisão de anulação não ocorreu sem atender a circunstâncias do caso concreto, ponderando a previsão desses dois princípios.

Caso seja pedida a execução de uma decisão arbitral internacional que tenha tido lugar em Portugal, perante os tribunais portugueses, é possível que o executado se oponha a essa decisão, com fundamento previsto no artigo 46 número 3 da LAV. Caso o prazo de pedido de anulação tenha sido ultrapassado, esse fundamento da impugnação à execução seria limitado ao fundamento do art. 46 número 3, alínea b.

Quanto à conciliação do artigo 46 número 3 alínea b, com o artigo 51 da LAV,

---

<sup>134</sup> Oliveira, E. D. (2020). Choice of law issues. In Fonseca, Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 206). Kluwer Law International.

verificamos 2 correntes. Uma delas é defendida por Menezes Cordeiro, entende no sentido de que é possível uma Convenção de arbitragem ser considerada válida à luz do artigo 51, porém, com fundamento no artigo 46 número 3, alínea b, em razão da inabitabilidade à luz da lei portuguesa, não ser possível execução dessa mesma decisão<sup>135</sup>. A segunda corrente, que é sustentada por Elsa dias Oliveira, entende que a primeira corrente geraria uma incoerência interna no sistema jurídico português pela insegurança e aí é defendido que para atender as exigências de unidade e coerência no ordenamento jurídico, as decisões que são consideradas válidas pelos tribunais estaduais portugueses por não terem sido anuladas anteriormente com fundamento no artigo 46 número 3, não poderão ter sua execução recusada com base nesses fundamentos que não foram tidos como relevantes para efeitos de anulação, e, portanto, seguindo posicionamento, os tribunais estaduais não estão obrigados a reconhecerem como válidas as decisões arbitrais que se enquadram nessas situações previstas e com fundamento no artigo 51, número 1 da LAV<sup>136</sup>.

Ou seja, se o Tribunal considerar que a decisão arbitral impugnada é intensamente contrária à reserva de ordem pública Internacional, inadmissivelmente arbitrável à luz do ordenamento jurídico português ele deve anular a decisão arbitral com fundamento no art 46 número 3, alínea b, para evitar essa confusão de interpretação em relação ao artigo 51, dando uma segurança jurídica maior.

O 51, número 2, parece que somente se aplica aos casos em que tenha sido pedida a anulação da decisão arbitral. Entretanto, os fundamentos de anulação da decisão arbitral são também os fundamentos de oposição à execução da decisão arbitral. O juiz do tribunal da relação fará uma ponderação

Há um debate na doutrina sobre se o fundamento invocado em oposição à execução está ou não previsto na lei. Alguns autores argumentam que, caso tal fundamento não esteja expressamente previsto, conforme a subalínea 1, alínea b, do artigo 46 da LAV, e considerando que as complacências mencionadas no número 2 do artigo 51 são aplicáveis apenas aos pedidos de anulação e não à execução de decisões arbitrais, isso pode justificar a não execução da decisão arbitral. Assim, conclui-se que a validade de uma decisão arbitral não implica necessariamente a sua exequibilidade, sendo estas questões tratadas de forma distinta.

Há de fato autores que defendem que o artigo 51 número 2 só é válido para efeitos de impugnação da decisão arbitral. Aquilo que Menezes Cordeiro vem defendendo é que

---

<sup>135</sup>Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (p. 501). Coimbra: Almedina.

<sup>136</sup>Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed., p. 225). Coimbra: Almedina.

há uma diferença entre anular a decisão Arbitral e, eventualmente, impedir a execução da decisão arbitral. Se nós tivermos uma decisão Arbitral que seja considerada válida em Portugal, ainda assim poderá fazer menos estragos no ordenamento jurídico português se ela não for cá executada, ou seja, ela vai interferir menos na ordem jurídica portuguesa se ela for apenas considerada válida, mas depois não produzir todos os efeitos, ou seja, se ela não for executada em Portugal. vem dizer que este artigo 51 número 2 vale para efeitos de anulação da decisão Arbitral, ou seja, a decisão poderá ser considerada válida, no entanto, entende que os fundamentos do 46 número 3 alínea b já poderão ser relevantes depois quando for pedida para ser executada, porque uma decisão que é executada no ordenamento jurídico português claramente vai produzir muitos efeitos no nosso ordenamento jurídico, e é aí que encontra esse limite. É, sem dúvidas, uma posição mais protetora do ordenamento jurídico português<sup>20</sup>:

“E na execução? Como adiantado, o 51.º/2 dispôs desnecessariamente, já que dada a unidade da ordem jurídica, o juiz nunca poderia aplicar o 46.º/3, b), i), sem ter em conta o 51.º/1. Mas ao pretender resolver uma dúvida inexistente, o legislador criou uma efetiva dúvida noutra ponto: o da oposição à execução. Esta pode ser detida por qualquer dos fundamentos do 46.º/3,a) e deve sê-lo officiosamente pelo juiz, perante os do 46.º/3,b). Deve o juiz estacar, em face do 51.º/1? Pro: dada a unidade do sistema, se as conexões validantes do 51.º/1 podem evitar a anulação de uma arbitragem, por inarbitrabilidade em face da lei portuguesa, elas também poderão viabilizar a execução convalidada nesses mesmos termos. Contra: perante uma arbitragem internacional, uma coisa é validar o seu resultado e outra é promover a sua execução em Portugal; tal execução pode ser puramente inaceitável, quando se trate de matéria que a própria lei portuguesa haja como inarbitrável. A matéria é discutível. Parece-nos, todavia, que a validação de uma arbitragem, para ser aplicada alhures e a sua execução em território nacional são realidades axiologicamente distintas. Logo, o 51.º/1 não permite a execução de decisões arbitrais internacionais em Portugal, quando a lei portuguesa considere que recaíram sobre matéria inarbitrável. Sem sobressaltos: dada a generosidade do 1.º/1 e 2, só mesmo decisões inexcogitáveis poderiam ser bloqueadas, por tal via. E sê-lo-iam com todo o aplauso da comunidade jurídica.”

Oliveira<sup>137</sup>, argumenta que, ao admitir à luz do artigo 51 número 1 que a Convenção de arbitragem é válida desde que respeite uma destas três leis indicadas neste artigo, implica que, em arbitragens sediadas em Portugal, a convenção de arbitragem deve ser considerada válida desde que a lei aplicável à Convenção a reconheça como tal, ou até mesmo a lei que regula a substância do litígio a valide. Portanto, entende que o artigo 51, número 2 deve ser aplicável tanto para efeitos de anulação da decisão Arbitral, como deve

---

<sup>137</sup> Oliveira, E. D. (2020). Arbitragem voluntária: Uma introdução (1ª ed., p. 226). Coimbra: Almedina

valer para efeitos de oposição à execução da decisão arbitral.

A jurisprudência dos tribunais superiores portugueses em relação ao reconhecimento de laudos arbitrais estrangeiros adere ao princípio de *favor arbitrandum*, essencial tanto na Convenção de Nova Iorque quanto na legislação nacional, fundamentado na necessidade de garantir a mobilidade das sentenças no comércio internacional.

Essa abordagem jurisprudencial, evidenciada em diversas decisões, destaca a importância da ordem pública, mas busca definir de forma restritiva sua aplicação, ao garantir que diferenças entre as leis portuguesas e estrangeiras não sejam usadas de maneira arbitrária para negar o reconhecimento de laudos estrangeiros, mas sim apenas quando essas diferenças levam a soluções que violam princípios fundamentais do sistema jurídico português<sup>138</sup>.

Portanto, somente em situações excepcionais é que poderá ser fundamentada a oposição à execução da decisão arbitral, baseando-se na falta de validade substancial da Convenção de arbitragem à luz da lei portuguesa. Na verdade, aquilo que tal corrente defende é que, conforme o artigo 51 número 2, o tribunal deve considerar a existência do artigo 51, número 1, ao aplicar o artigo 46 número 3, alínea b. Isso é válido tanto para efeitos de impugnação da decisão arbitral, como para efeitos de execução da decisão arbitral. Caso contrário, haverá uma incoerência do sistema, sem falar da questão da tutela da confiança das partes. De fato, tudo aquilo que não esteja explicitamente descrito na lei suscita mais dificuldades, já que é feita uma construção dogmática em função daquilo que resulta expressamente da lei.

Oliveira<sup>139</sup> argumenta paralelamente que se nós aceitarmos a validade da decisão Arbitral é para a eventualmente depois podermos executar essa decisão Arbitral. Não entende estabelecer aqui uma limitação aos efeitos que ela vai produzir. O artigo 51 número 2 expressamente deixa margem de manobra para o juiz do Tribunal estadual relativamente a estas divergências de opinião.

Todos os Estados têm muita consideração em relação à Convenção de Nova Iorque porque ela já está muito consolidada. Criada em 1958, deliberadamente acabou por refletir as orientações seguidas pelos diversos Estados, na medida em que estes, quando foram alterando as suas leis de arbitragem, o fizeram à luz daquilo que consta na Convenção de Nova Iorque. Portanto, estabelece os princípios gerais em matéria de arbitragem e,

---

<sup>138</sup> Vicente, D. M. (2018). El arbitraje en las relaciones luso-españolas: La jurisprudencia portuguesa reciente. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3), 743. Kluwer Law International; IproLex.

inclusive, os critérios para se reconhecer decisões arbitrais estrangeiras.

Assim, a Convenção determinou em seu artigo V, número 2, que a decisão Arbitral proferida pode não ser reconhecida se uma das partes alegar e provar que a Convenção de arbitragem é inválida à luz da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de escolha, à luz da lei do país em que foi proferida. Ao determinar que a decisão não será válida se não respeitar uma destas leis, a Convenção de Nova Iorque enfatizou um princípio geral, qual seja, o da primazia da vontade das partes. A Convenção de arbitragem é, geralmente, regulada pela lei escolhida pelas partes, e tão somente regulada pela lei da sede da arbitragem quando as partes se abstiveram de tal escolha.

A lei da arbitragem voluntária foi além da ideia subjacente à Convenção de Nova Iorque, porque no artigo 51 é mais ampla do que isso, porque ela diz que a Convenção de arbitragem será válida se em primeiro lugar respeitar a lei que foi escolhida pelas partes para regular a Convenção de arbitragem. Ademais, a Convenção também é válida se ela respeitar a lei que foi escolhida pelas partes para regular o fundo da causa e ainda diz que será válida se ainda que ela não respeita uma destas 2 leis, se ela respeitar a lei da sede da arbitragem. Ou seja, o legislador português vem ampliar muitíssimo a possibilidade de se garantir a validade substantiva da Convenção de arbitragem.

Na Convenção de Nova Iorque, só se deve atender a Lei do lugar da sede da arbitragem se as partes não tiverem escolhido a lei que regula a Convenção de Arbitragem. O legislador português foi mais amplo do que isso, podendo ter eventualmente em Portugal arbitragens internacionais inválidas à luz da lei escolhida pelas partes, mas válidas à luz da lei aplicável ao fundo da causa. Assim, à luz do direito português é válida esta Convenção de arbitragem mesmo que desrespeitar a lei escolhida pelas partes para regular a Convenção e a própria lei da sede da lei portuguesa no que diz respeito à arbitrabilidade do litígio. Até à luz do artigo 51 número 2, isto pode ser fundamento para anular a decisão Arbitral. Portanto, nós podemos ter uma decisão Arbitral proferida em Portugal e que é considerada válida, apesar de a Convenção de arbitragem só respeitar a lei que foi escolhida pelas partes para regular o fundo da causa e até desrespeitar a lei que foi escolhida pelas partes para regular a Convenção de arbitragem e esta arbitragem. Esta decisão Arbitral será válida à luz da lei portuguesa.

A seguir, vai-se pedir o reconhecimento desta decisão, por exemplo, em país terceiro que, aplicando a Convenção de Nova Iorque, poderá não reconhecer esta decisão, porque a Convenção de arbitragem não é válida à luz da lei escolhida pelas partes para regulá-la. A boa notícia é que este fundamento que nós aqui temos e que está previsto, quer

no artigo V número 1, alínea a, da Convenção de Nova Iorque, quer no artigo 56 número 1, alínea a, subalínea a, da LAV, é um fundamento que não é de conhecimento oficioso no que respeita ao reconhecimento e, portanto, se as partes não o invocarem, não será de conhecimento oficioso.

#### **Capítulo 4.** Desafios após decisões de arbitragem transnacional

Para adentrar em uma perspectiva global dos limites da autonomia das partes, é necessário perceber as formas de reação da decisão arbitral Internacional e, assim, a

impossibilidade de recorrer quanto ao mérito da decisão arbitral perante os tribunais estaduais<sup>139</sup>. A lei de arbitragem voluntária à disposição é feita nos tribunais estaduais, é irrenunciável e tem fundamentos específicos, nos termos do artigo 46 da lei de arbitragem voluntária. Esta solução da lei foi inspirada pela solução presente no artigo 34 da UNCITRAL (Oliveira, 2019).

No que toca ao recurso de mérito segundo o artigo 39, número 4, da lei de arbitragem voluntária, este só existe se as partes expressamente previram esta opção na convenção de arbitragem. Vicente<sup>140</sup> defende a possibilidade de uma cláusula permitir o recurso exclusivamente à uma das partes, e que não configura violação ao princípio da igualdade das partes.

Vale ressaltar que a lei anterior à LAV, a Lei n.º 31/86, de 28 de Agosto, definia exatamente o oposto em seu artigo 34, ao declarar que o recurso aos tribunais estaduais somente era vedado se assim fosse determinado entre as partes no contrato<sup>141</sup>. O STJ em 2019 esclareceu que quando uma arbitragem põe fim ao litígio e, não havendo expressamente no contrato a possibilidade de recurso, este não poderá ser realizado<sup>142</sup>. De fato, a lei foi alterada por força do princípio da definitividade da sentença arbitral<sup>151</sup>.

Enquanto Mário Esteves de Oliveira aponta pela necessidade das partes em apontarem expressamente no contrato tal possibilidade no contrato, utilizando termos claros como “recurso” ou “recorrer”, evitando termos como “impugnar” já que são marcados pela dubiedade e podem ter posteriormente seu sentido questionado<sup>143</sup>. Ainda, Dário Moura Vicente esclarece que se as partes desejam a permissão de recurso aos tribunais estaduais, devem se atentar à remissão direta para uma lei para os termos deste recurso<sup>150</sup>.

Mais uma vez, a lei modelo foi a principal influência desta subseção, já que o artigo 34 tem como epígrafe a ação de anulação como recurso exclusivo da sentença Arbitral<sup>146</sup>. No que toca à arbitragem transnacional, os meios de reação estipulados no artigo 49 número 2, são os mesmos e por isso deve-se analisar tanto a possibilidade de recurso de mérito como da impugnação.

No tocante à irrecorribilidade da decisão, esta é muito usual na arbitragem

---

<sup>139</sup> Oliveira, E. D. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (p. 235). Coimbra: Almedina.

<sup>140</sup> Vicente, D. M. (2021). *Lei da arbitragem voluntária anotada* (5ª ed., pp. 150, 223). Coimbra: Almedina.

<sup>141</sup> Monteiro, A. P., Flaminio da Silva, A., & Mirante, D. (2019). *Manual de arbitragem* (pp. 406–407). Coimbra: Almedina.

<sup>142</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2019, 9 de maio).

<sup>143</sup> Esteves de Oliveira, M. (2014). *Lei da arbitragem voluntária comentada* (p. 473). Coimbra: Almedina.

transnacional. A independência dos tribunais arbitrais relativamente aos estaduais é importante de forma a assegurar a eficácia e a celeridade que estão associadas à arbitragem, mas sem se afastar da necessidade de um controle efetivo dos tribunais judiciais<sup>144</sup>. Essa noção se respalda no artigo 34, primeiro parágrafo, da lei modelo, que estabelece que o jeito de contestar uma decisão arbitral perante o Tribunal é apenas pedindo sua anulação.<sup>145</sup> Olhando para a influência da lei modelo, a redação da LAV acaba indo na mesma linha, deixando claro que os tribunais estaduais não podem ser contestados em relação ao mérito.

Menezes Cordeiro<sup>146</sup> tem uma posição sobre este artigo, dizendo que este artigo acaba por ser letra morta, visto que a maioria das convenções de arbitragem não contempla esta hipótese; na prática, as partes querem decidir o litígio da forma mais rápida possível, não pensando que pode haver um recurso a este segundo tribunal para resolver a questão.

No que toca à solução de afastar logo os tribunais estaduais, a doutrina tem algumas divergências. Segundo Vicente<sup>147</sup>, a solução da lei visa garantir a manutenção da eficácia da sentença arbitral, bem como assegurar a autonomia da arbitragem perante os tribunais estaduais. Ou seja, é a favor de afastar esta possibilidade de recorrer aos tribunais estaduais.

Menezes Cordeiro<sup>156</sup> mostra-se favorável a esta intervenção, dizendo que a possibilidade de controle público de mérito das decisões arbitrais tranquiliza as partes e os próprios árbitros que sabem que podem vir a errar. Também defende que devido à liberdade dada às partes, estas podem acordar que existe a possibilidade de recurso de mérito para o tribunal da Relação, sendo que tal disposição será possível tendo em conta o artigo 59, número 1, alínea e (também diz que o próprio artigo 53 da LAV é indicativo desta solução)<sup>157</sup>.

Segundo Oliveira<sup>148</sup>, quando se olha bem para o texto da lei, parece que as partes não podem decidir que os tribunais estaduais tenham essa autoridade, o que vai de encontro à posição defendida pela LAV. No caso do artigo 53, encontramos diversas visões doutrinárias, mas o artigo é bastante direto e não deixa muito espaço para interpretações

---

<sup>144</sup> Torgbor, E. (2010). The right of appeal and judicial scrutiny of arbitral decisions and awards. In D. Roebuck (Ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (Vol. 76, Issue 2, p. 232). Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb); Sweet & Maxwell.

<sup>145</sup> Holtzmann, H. M., & Neuhaus, J. (1989). UNCITRAL Model Law, Capítulo VII, Article 34 [Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award]. In *A guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: Legislative history and commentary* (p. 964). Kluwer Law International.

<sup>146</sup> Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado da arbitragem* (pp. 523–524). Coimbra: Almedina.

<sup>147</sup> Vicente, D. M., et al. (2017). *Lei da arbitragem voluntária anotada* (Art. 53.º, 3ª ed., p. 164). Coord. Vicente, D. M., APA, Almedina.

<sup>148</sup> Oliveira, M., et al. (2014). *Lei da arbitragem voluntária* (p. 645)

divergentes, seguindo uma abordagem mais objetiva. Resumindo, enquanto outras partes da LAV permitem que as partes cheguem a acordos diferentes, neste artigo a única opção para recurso é para outro tribunal arbitral.

Em minha opinião é muito importante que o jurista saiba identificar este tipo de cláusula, bem como redigi-la. Entretanto, parece-me extremamente redundante que as partes, após enfrentarem um litígio arbitral, submetam a questão aos tribunais estaduais. Ora, se o conceito da arbitragem é sua celeridade e independência, não se pode conceber este duplo grau de jurisdição, apesar de que o recurso a outro tribunal arbitral pode, de certa forma, preencher o critério da tranquilidade acima referido por Menezes Cordeiro.

Peter Binder sugere que a inexistência de adoção, por parte de nenhum dos 170 estados signatários, de um método de recorrer a um tribunal arbitral sugere que essa alternativa não é comum entre os Estados adotante, a ver<sup>149</sup>:

“Article 34 only deals with recourse to a court. Although it is not specifically mentioned in the Model Law, recourse to another arbitral tribunal is still available where such practice is agreed upon, but the fact that not one of the 111 adopting jurisdictions adopts a method of recourse to an arbitral tribunal suggests that this possibility is not a common alternative for the adopting states.”

A distinção entre arbitrabilidade e ordem pública é fundamental. Assim, questões relacionadas à não arbitrabilidade não devem ser automaticamente associadas ao conceito de ordem pública<sup>150</sup>.

Passando agora a impugnação da decisão através de ação de anulação, no que toca a este meio a possibilidade de recorrer depende da política legislativa adotada por esse Estado<sup>151</sup>. No que toca ao sistema português, Lima Pinheiro<sup>152</sup> defende que Portugal é caracterizado como um sistema de enquadramento, pois o estatuto da arbitragem é balizado pelo regime da arbitragem vigente na ordem interna, ou seja, neste caso, ela e tudo é grandes partes e os árbitros a determinação da maior parte das regras que onde integrar esse estatuto.

Passando agora ao regime da LAV em específico, quando a sede da arbitragem em Portugal retiramos que é possível existir a anulação com base nos fundamentos do artigo 46, segundo o artigo 49 número 2. Caso se aplique a lei material portuguesa, este artigo

---

<sup>149</sup> Binder, P. (2019). Article 34: Application for setting aside. In International commercial arbitration and mediation in UNCITRAL Model Law jurisdictions (p. 446). Kluwer Law International.

<sup>150</sup> Barrocas, M. P. (2015). A ordem pública na arbitragem. Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, 2015 (22), 55. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

<sup>151</sup> Oliveira, E. D. (2020). Arbitragem voluntária: Uma introdução (1ª ed., pp. 237–238). Coimbra: Almedina.

<sup>152</sup> Pinheiro, L. L (2012). Ordem pública internacional. (p. 126, nota 10).

aplica-se diretamente sem outras considerações. No caso de se aplicar direito material estrangeiro, necessário se faz procurar outra solução, nos termos do artigo 54 e sob a epígrafe da ordem pública, diz que nesses casos podem mudar também a decisão com base no artigo 46<sup>161</sup>.

No que toca à questão da ordem pública, a doutrina neste artigo tem-se dividido bastante, sendo que a autora Maria Helena Brito defende que o conteúdo ofensivo dos princípios da ordem pública Internacional portuguesa já teria um fundamento de anulação no artigo 46, por isso esta referência acaba por ser redundante a no artigo 54<sup>153</sup>.

No que toca à posição do Pinheiro<sup>162</sup>, aceitando o que Brito (2012) diz, acaba por dizer que se está perante um lapso do legislador, uma vez que esta exposição só fazia sentido quando o projeto de lei da Associação Portuguesa de arbitragem, sendo que o este projeto que apresentou inicialmente não inclui o fundamento de anulação da ordem pública que está presente na atual subalínea 2 alínea b número 3 do artigo 46.

Por outro lado e numa posição completamente diferente, temos também o autor José Robin de Andrade defende que o artigo 54 coloca em causa a oposição à execução Arbitral e não a impugnação da decisão<sup>154</sup>. Numa crítica a esta posição, Oliveira<sup>155</sup> defende que na lei não encontramos aqui qualquer fundamento para acolher esta doutrina.

Por outro lado, temos Oliveira (2012), que defendem que o artigo 54 estabelece uma restrição ao disposto no artigo 46, número 3, alínea b sublinha 2, determinando que apenas será anulada a decisão Arbitral que ofender os princípios da ordem pública Internacional do Estado português e se esta produzir efeitos ou houver que ser executada em território nacional. Caso a sentença não produza efeitos no ordenamento jurídico português, não há qualquer razão para anular a decisão com base na contrariedade aos princípios estruturantes do Estado português. Oliveira<sup>165</sup> sustenta ainda que esta interpretação que encontra fundamento na ideia do funcionamento da ordem pública Internacional pressupõe uma ligação mais ou menos estreita, com todos os princípios que estejam a ser colocados em causa, mas sempre ligado ao ordenamento jurídico do foro<sup>156</sup>.

Menezes Cordeiro (2015) refere que se não considerarmos que há aqui uma similitude entre o artigo 54 e o 46, acaba por existir uma disfuncionalidade entre regimes, sendo que teríamos um regime mais permissivo para as arbitragens internacionais de que

---

<sup>153</sup> Brito, M. H. (2012). Arbitragem internacional: A propósito da nova Lei da Arbitragem Voluntária. In *Themis*, Ano XII, n.ºs 22/23 (p. 141). Coimbra: Almedina.

<sup>154</sup> Vicente, D. M. (2021). Lei da arbitragem voluntária anotada (5ª ed., pp. 150, 187). Coimbra: Almedina.

<sup>155</sup> Oliveira, E. D. (2020). Arbitragem voluntária: Uma introdução (1ª ed., pp. 239). Coimbra: Almedina

<sup>156</sup> Vicente, D. M. (2012). Impugnação da sentença arbitral e ordem pública. Freita, J. L. et al. Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2, 327-338.

as internas, ou seja, na arbitragem transnacional apenas passaria pelo crivo do reconhecimento ou execução, enquanto que se fosse uma arbitragem interna, seria logo anulada por força dos fundamentos do 46 número 3, alínea b sub alínea 2.

## **Capítulo 5.** A ordem pública internacional

A ordem pública internacional está associada aos preceitos fundamentais de um Estado. Uma decisão de extrema importância do STJ<sup>157</sup> do assunto é constantemente utilizada para concretizar o conceito:

---

<sup>157</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2017, 14 de março). Processo 103/13.1YRLSB.S1.

“Está pacificamente adquirido que a cláusula geral da ordem pública internacional veicula princípios e normas fundamentais em que se baseia a ordem jurídica, económica, social e ética da comunidade (do foro), fazendo actuar os valores aos mesmos iminentes de modo a impedir o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira no respectivo Estado. Contudo, não sendo possível determinar, a priori, o conteúdo dessa cláusula, manifestam-se algumas nuances na formulação do conjunto de regras que a delimitam, assim como em relação à interpretação sobre o grau de contrariedade do que resultaria do reconhecimento da decisão arbitral estrangeira ao princípio previsto na citada norma da Convenção de Nova Iorque, ou seja, à ordem pública internacional do Estado impetrado, até porque, como se disse, só perante as concretas circunstâncias do caso se poderá aferir a intolerabilidade da violação de um determinado princípio ou norma fundamental. E, realmente, tratando-se de um conceito abstracto, a avaliação a incidir sobre tais princípios e normas fundamentais deve centrar-se mais na sensibilidade axiológica do que na tentativa da sua evidenciação positiva. De todo o modo, é latamente consensual a ideia de que o conteúdo dessa cláusula é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que pela sua relevância, integram a constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo, os que tutelam direitos fundamentais, que não só informam mas também conformam a ordem pública internacional: a Constituição reflecte os valores mais importantes que conformam o plano estrutural ou a ordem jurídica fundamental de uma comunidade nacional, pelo que é nas normas de hierarquia constitucional que repousa a ordem pública internacional do Estado”

Barrocas (2015), em sua exploração do conceito de ordem pública no âmbito da arbitragem, pincela a relevância e complexidade desse conceito. Segundo o autor, a ordem pública representa, na arbitragem, um limite abstrato tanto à validade das sentenças arbitrais no âmbito interno quanto à eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras. Estas últimas, emitidas num determinado Estado, enfrentam esse limite ao serem submetidas à execução em outros Estados, com o objetivo de estender a sua eficácia além das fronteiras de origem. Ainda, Barrocas (2015) explica que se trata de um conjunto normativo de natureza ético-sócio-económica, composto por normas de direito positivo e princípios fundamentais de uma comunidade jurídica organizada. Este complexo aplica-se no espaço correspondente, prevalecendo sobre normas, princípios ou valores de uma ordem jurídica estrangeira que sejam alheios ou incompatíveis com ele.

Pinheiro (20204) distingue entre ordem pública internacional e interna, salientando que ambas fazem parte da ordem pública nacional de um estado. A ordem pública interna é composta por normas de direito positivo relacionadas ao interesse público, enquanto a ordem pública internacional "constitui um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, económica e social próprios desse estado (Barrocas,

2015)." Já para Moses (2018), a política de ordem pública internacional é mais restrita do que a doméstica e menos propensa a recusar a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, sendo definida pelas leis de cada Estado. Já a política transnacional baseia-se em consensos internacionais sobre normas universalmente inaceitáveis, como escravidão e corrupção, com um âmbito ainda mais limitado. Adotar uma abordagem transnacional pode promover uniformidade e previsibilidade na execução de sentenças arbitrais, como demonstrado pela Índia, por exemplo, que alterou sua postura para alinhar-se às melhores práticas internacionais e atrair mais casos de arbitragem. Baptista Machado<sup>158</sup> argumenta, também, que o juiz deve dispor de um mecanismo que possibilite impedir a aplicação de uma norma de direito estrangeiro quando esta resulte numa ofensa intolerável à harmonia jurídico-material interna ou numa contradição evidente com os princípios fundamentais que orientam a ordem jurídica nacional.

As jurisprudências variam, com alguns estados adotando uma abordagem restritiva e outros uma abordagem super restritiva em relação à ordem pública internacional. Barrocas destaca<sup>152</sup> que "o primeiro grupo inclui na interpretação e aplicação da reserva de ordem pública internacional as sentenças arbitrais estrangeiras que se mostrem, sem mais, violadoras da ordem pública internacional do seu estado." O segundo grupo permite reconhecer e executar as decisões independentemente do fato de que o conteúdo da sentença possa ofender a ordem pública internacional do estado recipiente. Barrocas<sup>152</sup> argumenta, também, que essa abordagem diverge do texto e da intenção da Convenção, uma vez que "a ordem pública a que se refere o artigo V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque é a do estado recipiente e não a do estado em que foi proferida a sentença arbitral". Entretanto, Vaz Pinto<sup>159</sup> defende que a solução determinada pelo ordenamento jurídico português é pouco convencional, na medida que tanto a lei-modelo quanto a maioria dos ordenamentos jurídicos fazem menção somente à ordem pública, entendida como interna.

Barrocas (2015) apresenta o conceito de ordem pública transnacional, abrangendo princípios e normas que não são necessariamente positivados, mas que derivam do Direito Natural, da ciência do Direito ou de consensos internacionais. Segundo o autor, esse conjunto inclui elementos amplamente transnacionais que moldam uma ordem jurídica internacional comum a diversos Estados, refletindo um sentimento de jurisdição

---

<sup>158</sup> Baptista Machado, M. (1974). Lições de direito internacional privado (pp. 253–272). Coimbra: Atlântida.

<sup>159</sup> Vaz Pinto, F. (2022). Webinar arbitragem em Portugal (p. 12). Recuperado de: [https://www.arbitragem.pt/xms/files/noticias/alam\\_-\\_webinar\\_alam\\_arbitration\\_in\\_portugal\\_pt.pdf](https://www.arbitragem.pt/xms/files/noticias/alam_-_webinar_alam_arbitration_in_portugal_pt.pdf)

universal. De fato, a primeira parte da política pública transnacional é moldada por atores não estatais. Kessedjian<sup>160</sup> destaca que "there is much literature to show that bribery is unanimously condemned not only by societies around the world, but also by the major religious and moral schools of thought." Embora os estados possam participar do processo, eles não são o ponto de origem das normas e muitas vezes chegam tarde ao processo de criação. Um exemplo disso é a luta contra a corrupção, onde, embora as leis feitas pelos estados há muito condenem a corrupção de funcionários do governo local, os estados falharam em concordar com uma norma internacional para combater a corrupção em países estrangeiros<sup>161</sup>. Assim, códigos de conduta anticorrupção foram criados por atores não estatais, como empresas, ou por organizações internacionais governamentais para preencher essas lacunas, e adotadas por empresas antes mesmo da existência de normas internacionais claras<sup>162</sup>.

Além disso, normas e recomendações como os direitos das crianças, definidos pela ONU, são consideradas parte da política pública transnacional, mesmo em países que não ratificaram os tratados correspondentes, ou seja, essas normas refletem uma aspiração universal e demonstram a maturidade das comunidades internacionais em reconhecer limites para suas atividades (Kessedjian, 2007). A convergência entre os sistemas nacionais levantadas pelo autor reflete uma evolução das práticas jurídicas e uma nova forma de convergência global, cada vez com mais princípios comuns que são inclusive integrados nas legislações locais, independentemente da ratificação formal de tratados.

Barrocas destaca a relevância da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), que adota uma abordagem monista da ordem pública internacional, alinhando-se com as concepções modernas sobre o tema. Ele ressalta que a LAV "coincidir o conteúdo da ordem pública do Estado português, *in casu* a ordem pública internacional do Estado português, em ambos os domínios da arbitragem interna e da arbitragem estrangeira (Barrocas, 2015)." Essa visão monista reflete o avanço no entendimento da ordem pública internacional, que deixou de ser visto como estanque para uma verdadeira rede dinâmica adaptável aos desafios da globalização e do comércio internacional.

É certo que negar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, colocaria em risco a eficácia do sistema internacional de resolução de litígios,

---

<sup>160</sup> Kessedjian, C. (2007). Transnational public policy. In A. J. van den Berg (Ed.), ICCA Congress Series No. 13 (Montreal 2006): International Arbitration 2006: Back to Basics? (ICCA Congress Series, Vol. 13, p. 861). Kluwer Law International; ICCA.

<sup>161</sup> Apesar de por muito tempo códigos de condutas anti-corrupção serem criados por empresas, atualmente existe a OECD. (1997). *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (21 de novembro de 1997, em vigor desde 15 de fevereiro de 1999).

o comércio internacional (Barrocas, 2015). Assim, o reconhecimento de sentenças estrangeiras fora de seus limites territoriais é medida que se impõe e, inclusive, bem como as decisões de arbitragem que foram tomadas por outros estados, ressalta o autor. Barrocas<sup>152</sup> também destaca que o reconhecimento de sentenças arbitrais é geralmente menos problemático do que o de sentenças judiciais. Enquanto as sentenças judiciais, por emanarem de um órgão de soberania estrangeiro, enfrentam maiores dificuldades para serem reconhecidas em outros Estados, as sentenças arbitrais, por seu caráter privado e ligação à sociedade civil, tendem a encontrar menos obstáculos nesse processo. Assim, enfatiza que, dentre os fatores a que dependa o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, destaca-se a validade da convenção de arbitragem e o cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral.

Barrocas (2015) traz uma reflexão importante sobre a Convenção de Nova Iorque, ressaltando sua natureza subsidiária em relação às leis nacionais ou outros acordos internacionais. Isso significa que as leis locais específicas podem ter prioridade sobre os termos da Convenção, uma flexibilidade que é essencial para garantir que as decisões arbitrais sejam acertadas em relação às particularidades das leis locais. Desta forma, a Convenção de Nova Iorque tem sido interpretada e aplicada, tanto nos sistemas de direito civil quanto no *common law*, de maneira consistente com os seus objetivos e em conformidade com os trabalhos preparatórios que fundamentaram a sua elaboração. Apesar de existirem diferenças notáveis entre os sistemas jurídicos, especialmente na definição de ordem pública, na prática, felizmente tais diferenças não afetam a aplicação da Convenção, assim, *"na prática, conduzem ao mesmo resultado"*<sup>152</sup>.

Observo que quando a Convenção é aplicada de forma consistente, ela cria uma base sólida para resolver disputas, mesmo com as divergências entre os sistemas legais. Isso fortalece a confiança na arbitragem internacional e torna o comércio global mais fluido, garantindo decisões legais eficazes e previsíveis. Na minha visão, a harmonização e o respeito entre os diferentes sistemas jurídicos são cruciais para promover a justiça e a cooperação internacional.

Barrocas (2015) enfatiza, também, a importância de compreender o conteúdo da ordem pública de um estado, tanto em contextos nacionais quanto transnacionais, para garantir a eficácia e o respeito às decisões arbitrais. O autor destaca que nada impede que certos princípios ou normas sejam aplicados por vontade das partes, dos julgadores ou por opção legislativa em casos específicos. Muitos desses elementos podem fazer parte da ordem pública transnacional, assim como podem integrar a ordem pública internacional em

diferentes Estados, devido ao seu carácter para-universal ou, pelo menos, transnacional. Conforme esclarece Caramelo<sup>162</sup>, “só uma ofensa aos fins prosseguidos pela norma ou princípio de ordem pública que seja efectiva, concreta e grave justifica a anulação da sentença arbitral.”

O conceito é indeterminado, porquanto precisa ser analisado em caso a caso, conforme esclarece Ramos<sup>163</sup>:

“De um conceito indeterminado ou cláusula geral porque permite tomar em conta as circunstâncias particulares do caso concreto, transferindo para o juiz a tarefa de concretizar a disposição legal no momento da sua aplicação, o que é característica dos sectores abertos do direito. De uma noção funcional porque ela é indefinível a não ser pela função que lhe cabe desenvolver na ordem jurídica: impedir que a aplicação de certas regras ou o reconhecimento de determinadas sentenças (judiciais ou arbitrais) possam, num caso particular, pôr em causa aspectos essenciais da ideia de direito do sistema jurídico do foro.”

Alberto dos Reis<sup>164</sup> reconhece a dificuldade em definir de forma precisa e inequívoca o conceito de ordem pública internacional, salientando que não existe uma fórmula capaz de resolver todas as questões que os casos concretos podem suscitar. No estado atual da ciência, segundo o autor, o máximo que se pode alcançar é a enunciação de princípios gerais que sirvam como guia e critério no cenário incerto e variável das realidades jurídicas. Ainda, Caramelo<sup>164</sup>, explica que o controlo judicial sobre uma sentença arbitral recai sobre o seu conteúdo, mas é o resultado que determina a sua validação. Embora o raciocínio do árbitro possa ser analisado, o foco do juiz deve estar na solução apresentada para o litígio, e não nos argumentos que a sustentam.

O acórdão do STJ de 28/11/2002<sup>165</sup>, relatado por Pires da Rosa, sobre a convenção de Nova Iorque de arbitragem, diz que “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.”

---

<sup>162</sup> Caramelo, S. (2013). *Temas de direito da arbitragem* (1ª ed., p. 333). Coimbra: Coimbra Editora.

<sup>163</sup> Ramos, R. "Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e ordem pública internacional". *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 146.º 4003 (2017): 267-306.

<sup>164</sup> Alberto Dos Reis, *Processos Especiais* vol. II, capítulo XV Revisão e Confirmação de Sentença Estrangeira, p.175.

<sup>165</sup> Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2002, 28 de novembro). Relator: Pires da Rosa.

O estudo das diferenças entre ordem pública interna e internacional revela abordagens distintas, como destaca Vaz Pinto<sup>161</sup>. Enquanto a Lei Modelo da UNCITRAL admite a anulação de sentenças em conflito com a ordem pública do Estado, a lei portuguesa restringe esse fundamento aos princípios da ordem pública internacional de Portugal. Esses princípios abrangem apenas normas fundamentais que o Estado não renuncia, mesmo em casos regidos por direito estrangeiro. Essa questão gerou debates durante a elaboração da lei portuguesa e projetos da Associação Portuguesa de Arbitragem, com divergências sobre a inclusão da ordem pública como fundamento de anulação. A solução final da lei portuguesa, introduzida pelo Governo, buscou um equilíbrio entre adotar a ordem pública interna como fundamento de anulação, conforme o modelo da UNCITRAL, e a antiga legislação que não previa tal fundamento. Optou-se por restringir o controlo aos “princípios da ordem pública internacional de Portugal,” um subconjunto mais limitado da ordem pública geral. Apesar disso, alguns autores defendem uma interpretação mais ampla, alinhada às práticas internacionais e à Lei Modelo da UNCITRAL, para promover maior uniformidade no controlo de sentenças arbitrais.

Enquanto a arbitrabilidade ou não arbitrabilidade de um litígio é uma escolha do legislador, a qualificação de uma questão como ordem pública internacional envolve valores ou interesses fundamentais da comunidade que não estão claramente definidos no direito positivo. Segundo Barrocas (2015), "a qualificação da questão de ordem pública internacional tem a ver com valores ou interesses essenciais de uma comunidade que não estão globalmente definidos." O legislador, por meio do artigo 1.º da LAV, estabelece os critérios para distinguir litígios arbitráveis de não arbitráveis, refletindo em uma opção jurisdicional, conforme explica o autor, "Trata-se de pura opção jurisdicional, embora correta face ao estágio atual da evolução da arbitragem".

Portugal está vinculado à Convenção de Nova Iorque desde a sua ratificação. No entanto, como observa Barrocas (2015, p. 56), "A sua mais lata interpretação (interpretação ampla ou liberal) ou menos lata (interpretação restritiva ou super restritiva) ficam a cargo dos tribunais dos estados membros, mas nunca sem esquecer e deixar de cumprir a finalidade essencial da Convenção".

Para Oliveira (2020, p. 206), apenas em situações altamente excepcionais, como em casos de incompatibilidade da decisão arbitral com princípios fundamentais do direito internacional, como o tráfico de escravos ou a pirataria, a sentença arbitral deve ser anulada, mesmo que o litígio não tenha ligação significativa com Portugal. Os árbitros, ao proferirem uma decisão, devem assegurar que ela seja compatível com os princípios da

ordem pública internacional portuguesa, caso desejem que produza efeitos no país. Importa destacar que a questão não se refere à incompatibilidade das normas aplicáveis ao litígio, mas sim aos efeitos produzidos pela decisão arbitral que conflitem com esses princípios. Em conclusão, a LAV estabelece claramente que a exceção de ordem pública relevante à luz da qual deve ser interpretada e aplicada é a ordem pública internacional do Estado português.

## Conclusão

A presente tese explorou as complexidades e os desafios da arbitragem, um campo jurídico que está em completa evolução. Em primeiro lugar, analisou-se a autonomia das partes nos contratos internacionais, abordando as correntes que abordam a definição destes. Nesse sentido, abordamos um entendimento amplo, defendendo que contratos internacionais são aqueles que apresentam contatos relevantes com mais de um ordenamento jurídico, independente das partes estarem no mesmo país. Ato contínuo, defendeu-se a importância de o jurista entender o conceito das cláusulas típicas dos contratos internacionais. Ora, como poderia um jurista redigir um contrato e se deparar com cláusulas como hardship e créditos bancários, sem saber do que se trata? Toda a realidade jurídica do contrato e litígio pode mudar por uma cláusula mal redigida. Imaginemos que uma parte redija no contrato um Incoterm que exclui o dever de arcar com os custos da entrega ou até que manifestamente preveja a possibilidade de recurso aos tribunais estaduais.

Ato contínuo, foi defendido o que entendo por arbitragem transnacional, bem como sua relevância no tema dos contratos internacionais. O Direito Privado foi separado do Direito Público, e o entendimento da arbitragem e seu contacto relevante com mais de um ordenamento jurídico foi exemplificado. Sem dúvidas, em pleno século XXI, marcado pela intensa utilização da arbitragem, é difícil conceber que um jurista que queira representar operadores do comércio internacional não entenda conceitos imprescindíveis da arbitragem, como a autonomia das partes para redigir suas cláusulas, até o crescente papel que a *Lex Mercatoria* tem hoje em dia.

Ora, se até grandes instituições financeiras estão aplicando certas cláusulas contratuais em detrimento aos direitos estaduais, como os Incoterms, ou até em matérias que sequer estão reguladas por direitos estaduais, como poderia um jurista manter-se inerte quanto ao estudo de tal matéria? Nota-se que o presente estudo por si só se justifica. Ainda, o tema das cláusulas penais foi abordado como uma maneira de exemplificar aquelas cláusulas que ainda são consideradas difíceis de executar, com a justificativa de serem contrárias à ordem pública internacional. É imprescindível saber redigir certas cláusulas, uma vez que um título executivo de nada serve se não puder ser executado. Não se pôde também deixar de estudar as cláusulas do direito aplicável ao mérito, às regras processuais e à própria convenção, já que são a maior concretização da autonomia das partes na arbitragem transnacionais.

A autonomia não é somente das partes, mas também da cláusula compromissória e dos próprios tribunais, assim, fez-se necessário o estudo destes conceitos. Ora, a verdadeira liberdade não é restrita às partes, entretanto, a liberdade da cláusula compromissória e dos próprios tribunais de certa forma também favorecem a liberdade das partes: daí a justificativa de estudá-los. A própria irrecorribilidade das decisões arbitrais é uma concretização das liberdades das partes, uma vez que é inconcebível as doutrinas que defendem que as decisões dos tribunais arbitrais devam ser por regras apreciados nos seus méritos posteriormente por um tribunal estadual.

Por fim, o estudo da ordem pública internacional foi abordado justamente porque é uma realidade. De nada adianta ignorar essa situação, já que, como foi abordado, o título executivo é criado como fim de ser executado e a ordem pública internacional age como um grande filtro ao interesse do comércio transnacional.

## Referências

- American Arbitration Association. (2020). AAA arbitration rules. Recuperado de: <https://adr.org>
- Antunes Varela, J. M. (2012). Das obrigações em geral (5ª ed., Vol. 2).
- Baptista Machado, M. (1974). Lições de direito internacional privado (pp. 253–272). Coimbra: Atlântida
- Barrocas, M. P. (2015). A ordem pública na arbitragem. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2015(22), 5. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.
- Bermann, G. A. (2017). International arbitration and private law. Leiden: Martinus Nijhoff
- Bermann, G. A. (2020). The self-styled 'autonomy' of international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 36, Issue 2, p. 222). Oxford University Press.
- Binder, P. (2019). Article 34: Application for setting aside. In *International commercial arbitration and mediation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*. Kluwer Law International
- Blackaby, N., Partasides, C., et al. (2023). 1. Introduction. In *Redfern and Hunter on international arbitration* (7ª ed.). Oxford University Press; Kluwer Law International.
- Boeglin, M. C. (1998). The use of arbitration clauses in the field of banking and finance: Current status and preliminary conclusion. *Journal of International Arbitration*, 15(3). Kluwer Law International.
- Born, G. B. (2009). Keynote address: Arbitration and the freedom to associate. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 38, 7–16.
- Born, G. B. (2021). Capítulo 19: Choice of substantive law in international arbitration (Updated February 2024). In *International commercial arbitration* (3ª ed.). Kluwer Law International.
- Borris, C., Hennecke, R., et al. (2019). New York Convention, Article V [Grounds for refusal of recognition and enforcement of arbitral awards]. In R. Wolff (Ed.), *New York Convention: Article-by-Article Commentary* (2ª ed., II.). Verlag C.H. Beck oHG.
- Bortolotti, F., & Udeme Ufot, D. (2018). Introduction. In F. Bortolotti & D. Udeme Ufot (Eds.), *ICC Dossier No. 17: Hardship and force majeure in international commercial contracts: Dealing with unforeseen events in a changing world*(Dossiers of the ICC

Institute of World Business Law, Vol. 17). Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC).

Brandão Proença, J. C. (2017). *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações* (2ª ed.). Porto: Universidade Católica Editora.

Bravo Abolafia, L. (2019). Implied choice of the law applicable to the arbitration agreement: The effect on non-signatories in international arbitration. In M. Scherer (Ed.), *ASA Bulletin* (Vol. 37, Issue 1, p. 66). Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International.

Brito, M. H. (2012). As novas regras sobre a arbitragem internacional: Primeiras reflexões. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles* (Vol. II). Coimbra: Almedina.

Brödermann, E. (2016). In *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*.

Brödermann, E. (2023). Introduction to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (“PICC”). In *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An article-by-article commentary* (2ª ed.). Kluwer Law International.

Brunner, C. (2008). Capítulo 4: Force majeure excuse, Section 7: The force majeure excuse as a general principle of law. In *Force majeure and hardship under general contract principles: Exemption for non-performance in international arbitration* (International Arbitration Law Library, Vol. 18). Kluwer Law International.

Brunner, C., Klingler, D., et al. (2019). Introductory remarks to Arts. 66–70. In C. Brunner & B. Gottlieb (Eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*. Kluwer Law International.

Calvão da Silva, J. (2007). Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (4ª ed., pp. 247–248). Coimbra: Almedina.

Caramelo, A. M. R. (2014). A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral na Lei de arbitragem portuguesa. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2014(19), 37. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

Caramelo, S. (2013). *Temas de direito da arbitragem* (1ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Carrera, I. (2018). Nota ao artigo “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no Direito interno português”. In J. B. Lee & F. F. Mange (Eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem* (Vol. XV, Issue 59, pp. 197–201). Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & Kluwer Law International.

Chuprunov, I. S. (2012). Capítulo I: The arbitration agreement and arbitrability: Effects of contractual assignment on an arbitration clause – Substantive and private

international law perspectives. In C. Klausegger, P. Klein, et al. (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012* (Vol. 2012, p. 34). Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Cirlig, R. E. (2019). Party autonomy in determining the law applicable in international commercial arbitration and its limits derived from the New York Convention. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2019(34), 47. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.

Connerty, A. (2006). Online jurisdiction: ICANN, WIPO and the need for international action - Part 1. *Asian Dispute Review*, 8(3), 95. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)

Cordero-Moss, G. (2014). *International commercial contracts: Applicable sources and enforceability* (pp. 38–39). Cambridge University Press.

European Convention on International Commercial Arbitration. (1961). *European Convention on International Commercial Arbitration*. Recuperado de: <https://www.coe.int>

Fouchard, C., & Vaz Pinto, F. (2013). La nouvelle loi portugaise sur l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, 2013(2).

Fouchard, P. (1990). Rapport de synthèse. In Y. Derains & J. Ghestin (Eds.), *La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989* (p. 152). LGDJ, coll. Droit des affaires.

Freitas, J. L. (2002). Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II, Coimbra: Almedina.

Gabardo, R. A. (2007). Resenhas de livros: *Les Incoterms – Étude d'une norme du commerce international* [Autor: Emmanuel Jolivet]. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 4(15), 246. Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB.

Gafta. (2024). Gafta standard for analysis. Recuperado de: [https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Trade%20Assurance/Gafta\\_Standard\\_for\\_Analysis\\_guide\\_WEB.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Trade%20Assurance/Gafta_Standard_for_Analysis_guide_WEB.pdf)

Gaillard, E. (2001). Transnational law: A legal system or a method of decision making? In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 17, Issue 1). Oxford University Press.

Gaillard, E., & Savage, J. (Eds.). (1999). Part 2: Capítulo 1 - The autonomy of the arbitration agreement. In *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration* (p. 210). Kluwer Law International.

- Galvão Telles, I. (1997). *Direito das obrigações*. Coimbra Editora, Coimbra, 7.
- Heilbron, H. (2023). Managing the unexpected in international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 39, Issue 2, pp. 229–233). Oxford University Press.
- Henrique, N. O. (2014). A importância do contrato de compra e venda internacional de mercadorias nas importações de bens alimentares pelo empresariado de Cabinda em Angola. Recuperado de:  
[https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/5584/1/DM\\_NsoloHenrique\\_2014c.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/5584/1/DM_NsoloHenrique_2014c.pdf)
- Henriques, D. G. (2020). Cláusulas penales en arbitraje internacional: Una introducción comparativa. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2020(39), 17. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.
- International Chamber of Commerce. (2021). ICC Arbitration Rules. Recuperado de:  
<https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-21>
- Jeanclos, Y. (1999). La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle: Éléments d'analyse. *Revue de l'Arbitrage*, 1999(3). Comité Français de l'Arbitrage.
- Jolivet, E. (2010). Incoterms e técnica contratual. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 7(25), Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB.
- Joubin-Bret, A. (2019). Foreword: Celebration of the 60th anniversary of the New York Convention. In K. Fach Gomez & A. M. Lopez-Rodriguez (Eds.), *60 years of the New York Convention: Key issues and future challenges* (pp. xvii–l). Kluwer Law International.
- Kessedjian, C. (2007). Transnational public policy. In A. J. van den Berg (Ed.), *ICCA Congress Series No. 13 (Montreal 2006): International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ICCA Congress Series, Vol. 13, p. 861). Kluwer Law International; ICCA.
- Komarov, A. S. (2006). Capítulo 2: Mitigation of damages. In Y. Derains & R. Kreindler (Eds.), *ICC Dossier No. 4: Evaluation of damages in international arbitration (Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 4.)*. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC).
- Lando, O. (1978). Contracts. In *International Encyclopaedia of Comparative Law* (p. 183).
- Litina, E. (2020). Capítulo 1: Theoretical background. In *Theory, law and practice of maritime arbitration: The case of international contracts for the carriage of goods by sea* (International Arbitration Law Library, Vol. 60). Kluwer Law International.
- Magalhães Collaço, I. (1954). Da compra e venda em direito internacional privado: Aspectos fundamentais (Vol. I, p. 79). Lisboa.

- Mariottini, C. M., & Hess, B. (2021). Capítulo 3: The notion of 'arbitral award'. In F. Ferrari & F. J. Rosenfeld (Eds.), *Autonomous versus domestic concepts under the New York Convention* (International Arbitration Law Library, Vol. 61, pp. 27–54). Kluwer Law International.
- Menezes Cordeiro, A. (2016). *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. P. (1990). Cláusula penal e indenização (p. 670). Coimbra: Almedina. António Menezes Cordeiro, *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015.
- Monteiro, A. P., Flaminio da Silva, A., & Mirante, D. (2019). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina.
- Montero, F. J. (2008). International arbitration and changed circumstances in contract performance: An overview. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008(1), 90. Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España.
- Morozowski, T. W. (2013). Contratos internacionais “chave na mão” (Dissertação, p. 33). Universidade de Lisboa. Recuperado de: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/11447/1/ulfd127258\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/11447/1/ulfd127258_tese.pdf)
- Moses, M. (2018). Public policy: National, international and transnational. Kluwer Arbitration Blog. Institute for Transnational Arbitration (ITA). Recuperado de: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/12/public-policy-national-international-and-transnational/>
- Najar, J.-C. (2009). Inside out: A user's perspective on challenges in international arbitration. In W. W. Park (Ed.), *Arbitration International* (Vol. 25, Issue 4). Oxford University Press
- Oliveira, E. D. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (p. 235). Coimbra: Almedina
- Oliveira, E. D. (2020). *Arbitragem voluntária: Uma introdução* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Oliveira, E. D. (2020). Choice of law issues. In Fonseca, Vicente, et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 190). Kluwer Law International.
- Oliveira, M., et al. (2014). Lei da arbitragem voluntária (p. 645).
- Pais de Vasconcelos, P. (2005). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina
- Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Pinheiro, L. L. (2004). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. In *Estudos de Direito Comercial Internacional* (Vol. 1). Coimbra: Almedina.

- Pinheiro, L. L. (2004). Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais). *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 64(I/II).
- Pinheiro, L. L. (2005). Arbitragem transnacional - A determinação do estatuto da arbitragem.
- Pinheiro, L. L. (2005). Direito comercial internacional: Contratos comerciais internacionais. Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, arbitragem transnacional. Coimbra: Almedina.
- Pinheiro, L. L. (2012). Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (5), 1.
- Pinheiro, L. L. (2018). Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional. *Revista da Ordem dos Advogados*, (Vol. I/II, p. 225). Recuperado de: [https://portal.oa.pt/media/130216/luis-de-lima-pinheiro\\_roa\\_i\\_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf](https://portal.oa.pt/media/130216/luis-de-lima-pinheiro_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf)
- Pires, C. M., & Pereira Dias, R. (2019). Arbitragem internacional e autonomia privada: Primeiras reflexões. In *Arbitragem comercial* (pp. 234–242). Coimbra: Almedina.
- Rei, A. (2017). *Da natureza jurídica dos Incoterms e sua qualificação como cláusulas contratuais gerais*. Universidade de Coimbra. Recuperado de: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/83850/1/Andr%C3%A9%20Rei%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Jur%C3%ADdico-Forense.pdf>
- Reis, J. L. L. dos. (1988). A exceção da preterição do tribunal arbitral (voluntário). *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 58, Vol. III.
- Sornarajah, M. (2000). Capítulo 8: Theory of internationalisation of foreign contracts. In *The settlement of foreign investment disputes*. Kluwer Law International.
- Thilmany, J. (1980). Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Revue internationale de droit comparé*, 32(1).
- Vaz Pinto, F. (2020). A Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária: História e visão geral. In A. P. da Fonseca, D. M. L. de Moura Vicente, et al. (Eds.), *Arbitragem internacional em Portugal*. Kluwer Law International.
- Vaz Pinto, F. (2022). Webinar Arbitragem em Portugal (p. 7). Recuperado de: [https://www.arbitragem.pt/xms/files/noticias/alam\\_-\\_webinar\\_alam\\_arbitration\\_in\\_portugal\\_pt.pdf](https://www.arbitragem.pt/xms/files/noticias/alam_-_webinar_alam_arbitration_in_portugal_pt.pdf)
- Vicente, D. M. (1990). Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa. Recuperado de: <https://www.iccbrasil.org/media/uploads/2020/04/30/forca-maior-e-hardship.pdf>

- Vicente, D. M. (2012). A determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, V, 39. Coimbra: Almedina.
- Vicente, D. M. (2018). El arbitraje en las relaciones luso–españolas: La jurisprudencia portuguesa reciente. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3).
- Vicente, D. M. (2020). Portugal as strategic seat for international arbitration. In A. P. da Fonseca, Vicente, D. M., et al. (Eds.), *International arbitration in Portugal* (p. 11). Kluwer Law International.
- Vicente, D. M. (2023). National report for Portugal (2018 through 2023). In L. Bosman (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (Suplemento No. 125, fevereiro de 2023). Kluwer Law International; ICCA.
- Yonekura, S. Y. (2003). O contrato internacional. Recuperado de: <https://jus.com.br/artigos/4527/ocontrato-internacional>
- Zunarelli, S., & Comenale Pinto, M. M. (2009). *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*. CEDAM.

## **Referências Jurisprudenciais**

Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2002, 28 de novembro). Relator: Pires da Rosa.

Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2016, 22 de setembro). Proc. 2561/14.8T8BRG.G1.S1.

Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2017, 26 de setembro). Proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1. Recuperado de: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Tribunal da Relação de Coimbra. (2017, 20 de julho). Proc. n.º 95/05.0TBCTB-H.C1.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). (2011, 9 de junho). Proc. C-87/10 (Endre Juhász).

Supremo Tribunal de Justiça (STJ). (2017, 14 de março). Relator: Alexandre Reis. proc. 103/13.1YRLSB.S1